

Apontamentos para a compreensão do conservadorismo jurídico-penal no Brasil

Notes on the understanding of criminal conservatism in Brazil

Adalmir Leonidio¹

Resumo: O artigo propõe um conjunto de premissas para entender o descompasso entre as ciências sociais e as ciências jurídico-penais no Brasil: a) não se pode falar no Brasil em involução autoritária e reacionária, uma vez que o Estado de exceção é, como muitos autores têm argumentado, a regra historicamente; b) graças ao enorme abismo social existente no país, historicamente, não se pode falar em recuo do Estado penal; c) ao mesmo tempo, este Estado penal histórico sempre dividiu espaço com e até fez uso de medidas extrajurídicas de controle dos desvios, como os linchamentos, as execuções sumárias, a tortura, etc.; d) por fim, tanto nossa produção quanto nossa prática jurídico-penal estão amplamente fundamentadas em uma cultura da desigualdade que tem raízes ancestrais.

Palavras-chave: Criminologia; Ciências Sociais; Brasil.

Abstract: *The article proposes a set of premises to understand the gap between the social sciences and the legal-criminal sciences in Brazil: a) one can not speak in Brazil in authoritarian and reactionary involution, since the State of exception is, as many authors have argued,*

¹ Livre Docente, Professor de História no Departamento de Economia e Sociologia da ESALQ/USP.

the rule historically; b) thanks to the enormous social abyss existing in the country, historically, one can not speak of retreat from the criminal state; c) at the same time, this historical criminal state has always divided space with and even made use of extra-judicial measures to control deviations, such as lynching, summary executions, torture, etc .; d) Finally, both our production and our criminal-legal practice are largely grounded in a culture of inequality that has ancestral roots.

Keywords: *Social sciences; Criminology; Brazil.*

INTRODUÇÃO

Segundo a criminologia crítica, o atraso da ciência jurídico-penal contemporânea se explica por sua escassa permeabilidade às aquisições das ciências sociais. Os juristas contemporâneos estariam atrasados mesmo em relação ao desenvolvimento da ideologia burguesa, porque não foram capazes sequer de se pôr a par das escolas sociológicas liberais mais avançadas, como o *labeling approach* (BARATTA, 2002).

Nas sociedades industriais mais avançadas, esta discrepância se explicaria em parte pela involução autoritária e reacionária dos regimes políticos durante os regimes fascistas. Mas também devido ao fato de que o controle social dos desvios no mundo contemporâneo passou gradativamente da ênfase nas medidas penais para medidas não-penais ou até não-jurídicas, como os meios de comunicação de massa. Com o aumento desmesurado da superpopulação relativa nas sociedades tarso-capitalistas centrais, observamos um novo avanço do Estado policial e penal nestes países.

No Brasil, observamos igual descompasso entre as ciências sociais e a ciência jurídico-penal. Mas o contexto é bem diverso. Proponho neste trabalho um conjunto de premissas para se entender este contexto e este descompasso: a) não se pode falar no Brasil em involução autoritária e reacionária, uma vez que o Estado de exceção é, como muitos autores têm argumentado, a regra historicamente; b) graças

ao enorme abismo social existente no país, historicamente, não se pode falar em recuo do Estado penal; c) ao mesmo tempo, este Estado penal histórico sempre dividiu espaço com e até fez uso de medidas extrajurídicas de controle dos desvios, como os linchamentos, as execuções sumárias, a tortura, etc.; d) por fim, tanto nossa produção quanto nossa prática jurídico-penal estão amplamente fundamentadas em uma cultura da desigualdade que tem raízes ancestrais.

A EXCEÇÃO BRASILEIRA

Desde os atentados de 11 de setembro nos EUA e as legislações antiterroristas que se seguiram em vários países, tornou-se norma entre os estados contemporâneos certos procedimentos ditos de exceção: suspensão de liberdades, grampos telefônicos, interceptações de correspondências, detenção preventiva, regras estritas para a comunicação entre advogados e clientes, clima de suspeição generalizada, alargamento dos poderes de polícia, dentre outros. Contudo, nada disso constitui-se propriamente novidade na história do mundo contemporâneo: do nazismo às ditaduras latino-americanas, os exemplos de estados autoritários são muitos e de diferentes tipos. Qual seria então a novidade pós 11 de setembro?²

Segundo o filósofo italiano Giorgio Agamben (2004), o “Estado de exceção” não pode ser confundido com as modernas ditaduras. Sua principal característica, que o distingue destas, é ser um “estado de lei” em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem força) e em que, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua força. Isto é, ao lado da Constituição vigente existe uma estrutura não formalizada juridicamente que adquire “força de lei”, mantendo assim a aparência democrática do sistema, mas criando de fato um espaço vazio de direito.

Para Jean Claude Paye (2004), a novidade é que tais atos adquirem a forma da lei e não se limitam mais a certas categorias da popu-

2 O argumento principal aqui desenvolvido foi apresentado inicialmente em outro artigo (LEONIDIO, 2017).

lação, reportando-se a todo e qualquer cidadão. Trata-se de um controle generalizado dos indivíduos, de forma preventiva e permanente; de uma suspensão generalizada dos direitos, frente às ameaças permanentes dos inimigos da ordem pública. Neste sentido, não caberia falar em Estado de exceção, mas em “ditadura constituinte”, onde o executivo exerce plenamente a função legislativa e instrumentaliza o judiciário. Mas Paye vai além, ao inserir o fenômeno político em uma totalidade mais ampla: no horizonte da política imperial, o “estado constituinte” é a forma de gestão global da força de trabalho (libertar a força de trabalho de suas conquistas sociais, suspendendo seus direitos políticos concretos). Além disso, criminaliza a resistência futura, uma vez que qualquer forma de luta política passa a ser vista como uma ameaça ao poder.

Uma vez que o conceito tem ganhado a simpatia de muitos intelectuais brasileiros e parece corresponder a muitas das nossas formas de fazer política na atualidade, a questão que se coloca é a seguinte: em que medida ele corresponde a nossa realidade histórica? Em 1940, em suas famosas teses sobre a história, Walter Benjamin já dizia: “A tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de exceção em que vivemos é na verdade regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade” (BENJAMIN, 1993, p. 226). Literalmente: para os oprimidos a suspensão do estado de direito é uma regra na história. Qual história?

Durante cerca de quatro séculos o Brasil foi uma colônia de Portugal, uma “colônia de exploração”, como nos ensinava Caio Prado Jr., onde o grosso da economia estava voltado para manter a acumulação de capital no centro do capitalismo mundial, às custas da barbárie produtiva: genocídio das populações indígenas, solapamento das riquezas naturais, escravização, em uma palavra, acumulação primitiva. Em 1822, o Brasil tornou-se independente de Portugal graças a uma manobra política que manteve a unidade e a propriedade agroexportadora e escravista. O resultado foi um Estado razoavelmente burocratizado e centralizado, sob o peso do Poder Moderador, mas com uma nação cindida em pedaços: de um lado uma imensa população escrava, de outro uma minoria de senhores da terra, os “bem classificados”

e, no meio, a compor um enorme fosso social, aqueles que não eram uma coisa nem outra, os desclassificados. Sobre estes pesava o ônus de uma existência incerta, precária e perigosa (PRADO Jr., 1996).

Nossa ordem pós-escravista e republicana conta pouco mais de um século e pode ser esquematizada em poucas palavras: trinta anos de uma oligarquia coronelista, com sucessivos estados de sítio decretados; 15 anos de um governo populista e ditatorial, com direito a dissolução do Congresso e controle dos sindicatos; 19 anos de diferentes experiências populistas; mais de vinte anos de ditadura militar; e, por fim, a ordem pós-ditadura, que alguns insistem em chamar de democrática, mas cujos problemas Vladimir Safatle resumiu bem: desagregação normativa, bloqueio da capacidade de participação popular, dois *impeachments*, denúncias sucessivas de mar de lama, uma Constituição que não vigora, além de ter recebido dezenas de emendas (SAFATLE, 2010).

Caberia perguntar onde está a nossa normalidade democrática, se o problema não fosse ainda mais complicado. Ocorre, então, que nestes pouco mais de cem anos, os sobreviventes do holocausto colonial, diferentes versões dos desclassificados de outrora, se ajeitaram como puderam em uma ordem feita para excluir: empregadas domésticas, ambulantes, traficantes... No campo, posseiros, roceiros, quilombolas, sem terras... E seu número não para de crescer, mormente nestes tempos sombrios de flexibilizações aceleradas e indiscriminadas. Estas camadas pauperizadas e desassistidas vão compor uma “massa perigosa” contra a qual tem avançado um Estado policial e penal implacável. Em outras palavras, a violência dos agentes do Estado contra os pobres e periféricos conforma uma clara política de Estado, gestão pública da pobreza modernizada – graças ao avanço na produção da mais valia relativa – cujo mecanismo principal é o encarceramento em massa (WACQUANT, 2013).

Este “terceiro nível” (BARATTA, 2002) da criminalização da pobreza, como estratégia político-criminal correspondente às exigências do capital na fase atual do capitalismo, está baseado em duas premissas principais: a) a máxima efetividade do controle social das formas de desvio disfuncionais ao sistema de valorização e acumulação do

capital (principalmente os delitos contra a propriedade e o tráfico de drogas, que lotam as cadeias do país); b) a máxima imunidade assegurada a comportamentos socialmente danosos e ilícitos, mas funcionais ao sistema (poluição, criminalidade política, conluio entre órgãos do Estado e interesses privados, corrupção, etc.) (BARATTA, 2002).

Uma vez dentro no sistema carcerário, a lista de arbitrariedades e abusos cometidos contra a dignidade dos habitantes do território da pobreza é imensa: presídios superlotados e em péssimas condições sanitárias; submissão ao famigerado Regime Disciplinar Diferenciado, no qual o preso fica por meses, às vezes anos, em celas solitárias; descumprimento da Lei de Execuções Penais, que permite ao preso progredir para o regime semiaberto depois de cumprida uma parte da pena; elevado número de presos sem condenação, muitos sem sequer saber a situação de seus processos (o Brasil tem mais de 200 mil presos nestas condições); humilhações a parentes e familiares que visitam os presos, como a revista vexatória; falta de assistência médica e jurídica; torturas, maus tratos e às vezes execuções, como no Carandiru, em 2009, em que foram executados 111 presos³. Tudo isso se faz por meio da aplicação seletiva e rigorosa da legislação penal existente (“criminalização secundária”).

Mas o rigor penal e a frouxidão dos direitos civis estão longe de compor o drama maior destes marginalizados históricos, que conformam a maior parte da nação: torturas, execuções sumárias, linchamentos, abordagens humilhantes, toques de recolher são algumas das formas extrajurídicas rotineiras de criminalização, norma comum nas periferias dos centros urbanos, tanto quanto nos rincões rurais do país. Uma pesquisa coordenada por Jayme Benvenuto Lima Jr. apurou, com base no ano de 1999, 3.840 casos de execuções extrajudiciais praticados por agentes do Estado e noticiados pela imprensa. Mas admite que os números podem ser ainda maiores (LIMA Jr., 2001). Um relatório da Anistia Internacional contabiliza um total de 8.466 homicídios decor-

3 A violência repressiva dos agentes do Estado começa, na verdade, muito antes do encarceramento, com as abordagens seletivas e humilhantes da polícia, assim como o cerceamento da liberdade de ir e vir dos habitantes de periferias pobres por meio dos toques de recolher, decretados pelas ocupações policiais.

rentes de intervenção policial no estado do Rio de Janeiro, entre 2005 e 2014 (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015).

Estas formas de tratamento dos habitantes do território da pobreza, que não estão de acordo com nenhuma legislação vigente, diferentemente dos procedimentos ditos de exceção existentes em todo o mundo, estão perfeitamente banalizadas e integradas na “normalidade da sociedade brasileira”, graças ao nosso legado de desigualdades históricas, oriundas dos quase quatro séculos de escravidão. Elas conformam aquilo que Angela Mendes de Almeida chamou de “eixo ilegal da criminalização da pobreza” no Brasil, “para o qual o Judiciário se faz de cego, surdo e mudo” (ALMEIDA, 2009). As torturas e execuções sumárias são em geral realizadas por agentes do Estado, em serviço ou fora dele, os chamados encapuzados ou esquadrões da morte, compostos em geral por policiais civis e militares. Quando os extermínios se dão por meio de policiais fardados, as justificativas quase sempre são de ação em “legítima defesa”. Os casos são registrados nos boletins de ocorrência como “Resistência seguida de morte”, os famigerados “autos de resistência”. A cena do crime é desfeita, armas e drogas são plantadas e em seguida a vida da vítima é vasculhada para encontrar “fatos” que justifiquem o assassinato. A mídia obscurantista faz sua parte, endossando o ponto de vista dos agentes do Estado. De modo que a regra nestes casos é a impunidade dos culpados, que seguem matando.

A QUESTÃO DAS MEDIDAS EXTRAJUDICIAIS NO BRASIL

Mas as torturas e execuções sumárias no Brasil não são um privilégio dos agentes do Estado. Recentemente as redes sociais do país foram inundadas por notícias de um acontecimento banal, mas que mostra bem em qual sentido vai este senso comum penal zelosamente construído. Um jovem, acusado de roubar uma bicicleta na região do ABC paulista, foi imobilizado e submetido a uma sessão de torturas por dois homens, que tatuaram em sua testa a inscrição “Sou ladrão e vacilão”, documentaram tudo em um vídeo e de-

pois publicaram no facebook. Seguiu-se nas redes sociais dois tipos de manifestação. Um grupo de pessoas, em menor número, que se mostrava indignada e manifestava solidariedade ao rapaz, chegou a realizar uma “vaquinha” para arrecadar a quantia necessária para a remoção da tatuagem. Mas a maioria das pessoas endossava a ação dos torturadores. Os comentários, recheados de ódio e preconceito, eram dos mais variados tipos. Uma internauta comentou: “Só acho que melhor seria quebrar as mãos pra nunca mais roubar. Deu sorte ainda por ter batido de frente com um tatuador, e não lutador”⁴. Os autores estão sendo processados pelo Ministério Público, mas curiosamente, a acusação não é de tortura, crime inafiançável, mas de lesão corporal e constrangimento.

Este caso ilustra um comportamento bastante banalizado entre brasileiros, os linchamentos. Existem muito poucos estudos sobre o problema no Brasil. O mais recente deve-se ao sociólogo José de Souza Martins, que, com base em levantamento aleatório na imprensa, arrolou e analisou 515 casos no país. Não há estatísticas confiáveis, mas com base em informações liberadas pela Polícia da Bahia, o autor chegou aos seguintes dados: entre 1988 e 1991, foram ao todo 392 casos só no estado nordestino, sendo que desses apenas 80 foram noticiados pela imprensa. Com base nisso, o autor estima que os casos noticiados e analisados por ele correspondem a não mais que um terço do total de casos realmente ocorridos em todo o território nacional nos últimos anos.

Mas o que mais chama a atenção no texto não são tanto os altos números relacionados ao problema, mas a forma como o autor trata o problema. Segundo ele, o linchamento é uma forma de comportamento coletivo ou protesto ligado às classes populares, como os saques e quebra-quebras. Seria, assim, “uma forma incipiente de participação democrática na construção da sociedade, incipiente e contraditória porque afirma a soberania do povo, mas nega a racionalidade impessoal da justiça e do direito” (MARTINS, 1995: 299).

4 Cf. <<https://www.facebook.com/search/top/?q=carlinhos%20garage>>.

O filósofo Renato Janine Ribeiro, professor da Universidade de São Paulo e ex-ministro da Educação, foi menos sutil em sua defesa dos linchamentos. Ao comentar o caso do menino João Hélio, arrastado até a morte por um carro roubado por dois menores no Rio de Janeiro, em 2007, nosso egrégio professor de ética comentou:

Escrever sobre o horror em estado puro: assim vivi o convite para participar deste número do Mais!. É insuportável pensar no crime cometido contra o menino João Hélio. E é nisso que mais penso, nestes dias. Não me saem da cabeça duas ou três coisas. A primeira é o sofrimento da criança (...) A outra é como devem ser punidos. Este assunto me faz rever posições que sempre defendi sobre (na verdade, contra) a pena de morte (...) Se não defendo a pena de morte contra os assassinos, é apenas porque acho que é pouco. Não paro de pensar que deveriam ter uma morte hedionda, como a que infligiram ao pobre menino. Imagino suplícios medievais, aqueles cuja arte consistia em prolongar ao máximo o sofrimento, em retardar a morte. Todo o discurso que conheço, e que em larga medida sustento, sobre o Estado não dever se igualar ao criminoso, não dever matar pessoas, não dever impor sentenças cruéis nem tortura – tudo isso entra em xeque, para mim, diante do dado bruto que é o assassinato impiedoso⁵.

O autor ainda conclui seu artigo com as seguintes palavras: “Torço para que, na cadeia, os assassinos recebam sua paga; torço para que recebam de modo demorado e sofrido”. Esta afirmação está em absoluta contradição com a pesquisa realizada pelo antropólogo Alberto Carlos Almeida, pupilo de Roberto da Matta. Segundo este autor, a esmagadora maioria dos que apoiam punições ilegais no Brasil está alocada nos estratos inferiores da população, com baixos níveis de escolaridade. E conclui da seguinte forma:

Enquanto a classe baixa defende valores que tendem lentamente a morrer ou a se enfraquecer, a classe alta mantém-se alinhada a muitos dos princípios sociais dominantes nos países

5 Cf. <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u68751.shtml>>

desenvolvidos (...) É educação que comanda a mentalidade. Quem passou pelos bancos escolares de uma universidade e obteve diploma tende a ser uma pessoa moderna: impessoal; contra o jeitinho brasileiro; contra punições ilegais, como linchamentos e o estupro, na cadeia, de criminosos condenados pelo mesmo crime (ALMEIDA, 2007, p. 25).

Meu argumento aqui é bem simples: comportamentos violentos e arbitrários não são um privilégio das classes mais baixas da sociedade. São, ao contrário, um atributo das classes dominantes que se transmite às classes dominadas. Já demonstrei isso razoavelmente bem em outro lugar (LEONIDIO, 2012). E qualquer um com um pouco de atenção e boa vontade pode ver isso nos dias atuais. Os exemplos são muitos: o índio queimado vivo em Brasília, ao ser “confundido com um mendigo”, segundo alegação em juízo dos jovens de classe média; a empregada doméstica espancada até quase a morte, ao ser “confundida com uma prostituta”, segundo também alegação de jovens da classe média carioca; as inúmeras ações de pistoleiros nos rincões rurais do país; os inúmeros comentários cruéis que recentemente inundaram as redes sociais do país a respeito da doença e depois da morte da mulher do ex-presidente Lula; e até o depoimento dos dois professores universitários acima citados, que enfaticamente apoiam os linchamentos. Se o problema não tem a ver com escolaridade, onde estaria então nosso senso de civilidade?

“A contribuição brasileira para a civilização será de cordialidade – daremos ao mundo o homem cordial” (HOLANDA, 1995, p. 146). Com esta afirmação, Sérgio Buarque de Holanda nos forneceu uma das mais ricas interpretações historiográficas da formação brasileira e uma espécie de mapa mental para compreendermos este comportamento violento. Mas que civilização? Como nos mostrou o mesmo autor, uma “civilização de raízes rurais”. Isto é, uma civilização que se constituiu em torno da grande propriedade rural, trabalhada por escravos e voltada para a exportação.

Em outras palavras, a unidade básica de nossa formação social não se constituiu de homens livres se relacionando como iguais, modelo para o funcionamento da economia tanto quanto do Estado no mundo

moderno (DUMONT, 1985). Nossa unidade básica foi a família, não a família nuclear burguesa, recolhida em sua intimidade privada, mas a família extensa, composta, além do núcleo pai, mãe e filhos, de escravos, agregados e moradores de favor. A base do vínculo social aí são as relações de parentesco e amizade. Como argumentou Caio Prado Jr., o clã patriarcal rural constituía-se na parte orgânica da sociedade brasileira dos oitocentos, unidade que agrupava boa parte da população do país, reunindo os indivíduos que participavam diretamente de suas atividades, como os escravos, ou que a ela se agregavam, conformando parte de sua clientela:

O senhor deixará de ser o simples proprietário que explora comercialmente suas terras e seu pessoal; o escravo também não será mais apenas a mão de obra explorada. Se trabalha para aquele, e até forçado pelo açoite do feitor ou o tronco da senzala, também conta com ele, e dele depende para os demais atos e necessidade de sua existência; toda ela se desenvolve, do nascimento à morte, frequentemente por gerações sucessivas, na órbita do senhor e do seu domínio, pequeno mundo fechado em função do qual se sofre e goza (...) O mesmo se dá com os trabalhadores livres ou agregados; liberdade relativa que não vai além de trocar um senhor por outro igual (PRADO Jr., 1995, p. 288).

Como se vê, então, “toda a estrutura de nossa sociedade teve sua base fora dos meios urbanos” (HOLANDA, 1995: 73). Mas se ela nasce e se estabelece no campo, “transporta-se tal qual para os centros urbanos” (PRADO Jr., 1995, p. 292). No Brasil, as cidades são um prolongamento do campo. Em outras palavras, enquanto no centro do capitalismo mundial está a ocorrer uma “urbanização do campo”, ao menos desde o século XV, em sua periferia observamos uma “ruralização das cidades” (MARX, 1971).

Correlativa a esta invasão da cidade pelo campo, há uma completa invasão do público pelo privado, do Estado pela família. Sendo, então, o jogo político ou o conflito social definido como uma espécie de acordo entre amigos, isto é, uma simples querela de elites, é a participação popular e a democracia que ficam profundamente compro-

metidas. “E é exatamente no conchavo que pode surgir a figura do homem cordial”, tipo social para quem as relações pessoais e de afeto se sobrepõem à universalidade da lei e da norma social (HOLANDA, 1976). Para Francisco de Oliveira, este drible constante nas soluções formais propiciaria a arrancada rumo à informalidade generalizada. A burla seria, assim, uma forma de adotar o capitalismo como solução incompleta na periferia do sistema. “Incompleta porque o capitalismo trouxe para cá a revolução das forças produtivas, mas não as soluções formais da civilidade”, criando uma espécie de “modernidade truncada” (OLIVEIRA, 2012, p. 3).

Mas a ideia de conchavo, de conciliação, de jeitinho, troca de favores, isto é, de amplo apelo à informalidade como forma de resolver os conflitos, tem também o reverso da moeda. Nos tempos da Primeira República dizia-se: “aos amigos se faz justiça e aos inimigos se aplica o rigor da lei”. Como é sabido, o homem cordial é justamente aquele que age com o coração. E neste sentido ele tanto pode amar seus familiares e amigos, como maltratar os que não são de seu círculo familiar ou de simpatia, sobretudo os pobres, considerados sem família. Em sendo assim, nos momentos de conflito “a informalidade se converte no rigor mais severo, no apelo à arbitrariedade e não raro em exhibições de crueldade” (OLIVEIRA, 2012, p. 4). E é aí que nasce o “profundo sentimento anti-povo” e a brutalidade repressiva que se abate sobre ele, do qual nos falava Darcy Ribeiro. Nossa democracia somente existiria como uma espécie de concessão ou “favor” das elites, uma democracia sem povo ou “de gravata lavada”, como dizia o liberal Teófilo Ottoni (HOLANDA, 1976).

Portanto, a violência que se manifesta nos linchamentos e outras formas de execuções extrajudiciais é uma violência contra os pobres, violência de classe. Não há um único exemplo de linchamento no Brasil, cuja vítima tenha sido alguém das classes mais altas da sociedade. Defender linchamentos é um ponto de vista elitista e conservador, tanto quanto acreditar que a mera existência da educação formal e o acesso à alta cultura é um indicador de modernidade. Nenhuma das mudanças recentes por que passou o Brasil – urbanização, industrialização, etc. – foi capaz de erradicar o profundo legado

de desigualdades de nosso passado colonial e escravista. Porque as mudanças são efetuadas por elites e em benefício delas. E não há civilidade possível com níveis tão altos de desigualdade. “E quando ser moderno e atual passa a ser a prática de políticas cujo resultado é aumentar as desigualdades, o Brasil reencontra-se, redivivo, com sua trajetória de arcaísmo, com seu destino de mudar conservando” (ALMEIDA, 2001, p. 15).

SISTEMA JURÍDICO-PENAL E CULTURA DA DESIGUALDADE NO BRASIL

Vê-se, portanto, que no fundo de todas as formas de controle social e repressão no Brasil, legais ou ilegais, existe, como um substrato histórico vigoroso e sempre atual, um profundo sentimento, uma mentalidade que nunca admite que todas as pessoas são iguais perante as leis da nação. É hora de se perguntar então como esta mentalidade se apresenta no âmbito do saber e das práticas jurídico-penais do país.

No século XIX não havia no Brasil uma distinção clara entre operadores e intelectuais do direito. Os bacharéis eram “hegemônicos na vida tanto política quanto cultural do país”; conformavam uma elite letrada, formada para ocupar os principais postos da burocracia e das letras (ADORNO, 1988; ALVAREZ, 2014; CARVALHO, 1996). Diversos autores já mostraram que esta “febre do bacharelismo”, que tomou conta do país entre os séculos XIX e XX, tem seus fundamentos na economia agroexportadora trabalhada por escravos: a busca de prestígio e distinção social (HOLANDA, 1995; SCHWARZ, 1985).

O exercício da profissão era muito limitado e pouco atraente: delegados, juízes e promotores não tinham estabilidade e nem mesmo salários regulares, como têm hoje. Via de regra, o cargo era usado como trampolim para uma vaga no Senado, na Câmara ou nos diferentes Ministérios. José de Alencar talvez seja o exemplo mais famoso a este respeito. Depois de uma breve passagem por um escritório de advocacia do Rio de Janeiro, o já conhecido romancista tornou-se deputado pelo Ceará, depois ocupou uma vaga no Ministério da Justiça

e, por fim, tentou uma vaga no Senado por sua província de origem, mas foi preterido em uma lista sêxtupla por D. Pedro II, que o queria no Ministério. O criador do romance nacional nunca o perdoaria por isso.

O próprio contexto do controle social existente tornava pouco funcional o exercício da profissão. Como se sabe, por esta época o trabalho ainda era escravo. Seu controle não requeria mecanismos ideológicos sofisticados ou aprimoramento das forças produtivas, a fim de extrair mais sobretrabalho. A violência é sua realidade nua e crua. E o controle da violência física neste momento estava nas mãos dos potentados locais. Somente a partir da Primeira República, com o enfraquecimento destes e a emergência do trabalho livre como regra generalizada, é que os aparatos policiais e judiciários vão passar por profundas reformas: regularização profissional, “modernização”⁶ da polícia e do sistema prisional.

Por isso mesmo, como mostraram vários autores, a escravidão conformava um nó difícil de desatar, quando o assunto era a codificação das leis existentes no país⁷. Paulo Mercadante chamou a atenção para a importante questão da dualidade do direito privado no Brasil, o convívio das Ordenações Filipinas, regras e definições do direito romano com a ideia de codificação. Assim, apesar de se manter em vigor as Ordenações no que se refere aos direitos civis, editam-se os códigos Penal e Comercial, aquele em tempo recorde. Não é de se estranhar esta dualidade, uma vez que juristas como Avelar Brotero, lente da escola paulista de direito, autor de *Princípios de Direito Natural*, defensor dos enciclopedistas e um dos mais radicais defensores dos direitos individuais no Brasil era ele um dono de escravo (MERCADANTE, 2003, p. 225).

Neste contexto, atacar as Ordenações Filipinas e o Direito Romano, significava, no Brasil, atacar, antes e acima de tudo a instituição escravista. Mais fácil, conveniente e seguro, no entanto, era conciliá-la,

6 A palavra “modernização” era usada na época com o sentido de atualização, isto é, pôr-se a par com as “modernas” instituições da época.

7 Mais uma vez aqui a palavra “modernização”, com o sentido de atualização, ganha amplo sentido em nosso contexto cultural, ávido pelas modas vindas da Europa.

na medida do possível, com as modernas ideias jurídicas em voga. Daí as imensas dificuldades encontradas por nossos juristas para criar um Código Civil. Na Consolidação das Leis Cíveis Teixeira de Freitas estava “manietado à lei escrita, à rotina dos tribunais, à estreiteza da velha jurisprudência”, isto é, à tradição das Ordenações. Com isso a escravidão foi formalmente excluída do projeto, apesar de na introdução Freitas fazer uma nota de protesto (MERCADANTE, 2003, p. 232).

Teixeira de Freitas tinha consciência de que escravo era coisa e não pessoa e, portanto, não podia constar no Código Civil como detentor de direitos (embora pudesse constar no Código Criminal como réu). Sendo uma propriedade, os escravos só figurariam no Código na parte referente aos bens. Mas era necessário, urgente até, criar um Código Criminal, bem como um comercial. Daí a existência, no Brasil, diferentemente do que acontecia na França, de dois códigos distintos, um comercial e outro civil (no Código francês não há qualquer distinção entre ordem comercial e civil). O direito comercial é o direito da pessoa, do comerciante, de acordo com o velho direito romano.

Assim, a existência da escravidão impunha a duplicidade do direito privado. Ela fez nascer primeiramente um Código Comercial remanescente duma legislação civil das Ordenações. O conhecimento do direito privado comparado teria conduzido Teixeira de Freitas a maior alienação e maior apego ao aspecto formal do problema jurídico. Em outras palavras, havia enormes dificuldades nos meios jurídicos brasileiros em relacionar o conteúdo escravista com a forma individualista da legislação moderna adotada no processo de construção do Estado pós-Independência. Só se revogaria as Ordenações com o fim da escravidão e o Código Civil só seria conhecido pelos brasileiros em 1916 (MERCADANTE, 2003, p. 238).

Quanto ao Código Criminal, a história é bem diferente. Quanto mais se aproximava o fim da escravidão, mais se tornavam frequentes as fugas e rebeliões escravas. E uma prática que já era relativamente comum, o assassinato de senhores de engenho, seus familiares e capatazes, tornou-se um verdadeiro pesadelo. Não é por outra razão que nas estatísticas criminais os crimes de homicídio e tentativa de homicídio eram os mais frequentes. Tudo isso muda a partir da Pri-

meira República, com o avanço da industrialização e da urbanização. Doravante, os crimes puníveis são outros: vadiagem, roubo, furto, etc. (GRINBERG, 2002).

A partir da Primeira República, as faculdades de direito perderam gradativamente a hegemonia em termos de formação política e cultural das elites, graças, sobretudo, ao aparecimento das faculdades de medicina e engenharia. Em contrapartida, começou um movimento no sentido de uma maior especialização do ensino jurídico e de profissionalização dos bacharéis. Contudo, só a partir de 1934 as carreiras jurídicas tornaram-se mais atrativas, graças a uma série de reformas: universalização do concurso público, estabilidade, inamovibilidade, salários regulares, etc. Com a Constituição de 1946, toda esta evolução se viu temporariamente ameaçada, uma vez que a mesma concedia ao Senado Federal a competência privativa para aprovar, mediante voto secreto, a escolha dos magistrados (BAJER, 2002; PORTO, 2000; WOLKNER, 2010).

Mas a grande novidade observada com a Primeira República foi a substituição da “tradição liberal” pelo positivismo e, com isso, a formação de nossa cultura criminológica. Ainda durante o século XIX, começaram a se esboçar ideias e correntes que colocavam em causa o caráter abstrato e a-histórico do jusnaturalismo moderno. A partir de então se configura um “abandono” do Direito Natural e uma revalorização do Direito Romano. O liberalismo, marcado pelo viés eclético, seria então substituído, sobretudo a partir dos anos sessenta e setenta do século XIX, pela maior “objetividade” das leis positivas, isto é, pelo positivismo jurídico. Este fato consubstancia o desprezo geral pelo Direito Natural entre brasileiros. O Direito Natural que havia sido usado, na primeira metade do século XIX, essencialmente para falar da naturalidade da propriedade, e nunca da igualdade entre os homens, foi abandonado como abstração perigosa, em troca de teorias “mais realistas”(ALMEIDA, 1999).

A criminologia lombrosiana fez muitos adeptos no Brasil, não só entre juristas de nome, como Tobias Barreto, Clovis Beviláqua, Viveiros de Castro, entre outros, como também entre médicos, como Raimundo Nina Rodrigues e Afrânio Peixoto. Conhecida como “nova escola penal”, está

baseada em teorias patológicas, isto é, nas características biológicas e psicológicas que diferenciariam os “sujeitos criminosos” dos “indivíduos normais”, e sobre a negação do livre arbítrio mediante um rígido determinismo. O foco não é mais o delito, como na escola liberal, mas o homem delincente: o vadio, a prostituta, o homicida, etc. (ANITUA, 2008).

Seguindo nossa tradição conciliadora, o jurista Nelson Hungria, um dos formuladores do Código Penal de 1941, considerado “príncipe” dos penalistas brasileiros e recentemente reverenciado pelos ministros do STF, proporia uma solução bem brasileira para o conflito entre as duas escolas. Assim, criticava os exageros da Escola Positiva, que propunha a completa extinção da pena, quanto os excessos do jurismo clássico, que não compreendia a instituição da “medida de segurança”⁸ do novo código. Esta forma *sui generis* de “ecletismo” contemporâneo, ou conciliação amistosa entre contrários, terá consequências fundamentais para o funcionamento tanto da polícia quanto da justiça penal no Brasil.

Ao exercer suas funções administrativas, a polícia age conforme as ideias da Escola Positiva. Faz julgamentos prévios sobre o comportamento suspeito ou potencialmente criminoso das pessoas, sobretudo com base em sua aparência de pobres e faveladas. Por outro lado, ao exercer suas funções judiciais, a polícia se aproxima da Escola Clássica, já que reprime (pune) pessoas culpadas (acusadas) de cometer determinados crimes, que teriam escolhido livremente, mas sem deixar de ser também aí inquisitorial, uma vez que tem por dever apurar a situação social daqueles de quem se suspeita. No que diz respeito ao processo penal, sobretudo na fase de instrução, certos procedimentos inquisitoriais são muito claros: interrogatório do acusado feito pelo juiz sem interferência das partes; possibilidade de o juiz trazer provas aos autos (“princípio da verdade real”); interpretação do “silêncio do réu,

8 A medida de segurança, que tinha caráter preventivo – segregação hospitalar, assistência, custódia, reeducação, etc. – era um complemento da pena, que tem caráter repressivo e se fundamenta na ideia de culpabilidade do indivíduo, isto é, na ideia de que o delito é a expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador (RIBEIRO, 1995; BARATTA, 2002).

que pode vir em prejuízo de sua própria defesa” (LIMA, 1989). Por outro lado, “a fase acusatorial se aproximaria dos ideais da Escola Clássica, ao levar em consideração as explicações e argumentos do acusado, que tem o direito de se defender” (RIBEIRO, 1995, p. 55).

Mas o que permanece no fundo de toda esta querela bizantina de escolas criminológicas é a ideia lombrosiana de “tratar desigualmente os desiguais”. E assim, mais uma vez, nos encontramos redivivos com nosso passado colonial e escravista, com nossa tradição autoritária de mudar conservando.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Busquei mostrar neste artigo que na base de nosso conservadorismo jurídico-penal está um profundo sentimento de desigualdade, um certo modo de ver as pessoas da nação. Este sentimento, que distingue as pessoas em dois tipos irreduzíveis – senhores e escravos, pobres e ricos, torturáveis e confortáveis, etc. – e está na base de nossa formação social, tem origem na escravidão e no estilo de relação social entre as classes do país que ela criou, problema da dualidade de critérios que regia a conduta de nossas classes dominantes. Mas reconhecer esta dualidade básica é apenas parte do problema. Nossa crueldade original, por assim dizer, está na ilusão de uma conciliação amistosa entre partes contraditórias. Ilusão que tem perseguido intelectuais, tanto quanto políticos.

Trata-se de uma forma de ver o mundo radicalmente diferente da experiência democrática tal qual conhecemos. Em outras palavras, tentou-se neste artigo, ao mostrar este estilo de pensamento ou mentalidade, descortinar os limites da consciência social possível de nossas camadas dominantes.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ALMEIDA, Angela Mendes de. “A atualidade dos três clássicos brasileiros”. In: ALMEIDA, Angela Mendes de; ZILLY, Berthold (orgs.). **De sertões, desertos e espaços incivilizados**. Rio de Janeiro: MAUAD, 2001.

_____. **Família e modernidade. O pensamento jurídico brasileiro no século XIX**. São Paulo: Porto Calendário, 1999.

_____. Impunidade e banalização da violência dos agentes do Estado, **Projeto História**, São Paulo, n. 38, p. 221-230, jun. 2009.

ALVAREZ, Marcos César. Do bacharelismo liberal à criminologia no Brasil, **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 11-26, mar\abr\mai 2014.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou meu filho**. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

BENJAMIN, Walter. **Obras escolhidas. Magia e técnica, arte e política**. São Paulo: Brasiliense, 1993.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem; Teatro de sombras**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

DUMONT, Louis. **O individualismo**. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

GRINBERG, Keila. **Código Civil e cidadania**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. A democracia é difícil (entrevista concedida a João Marcos Coelho), **Veja**, 28/01/1976.

_____. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LEONIDIO, Adalmir. Violência e desigualdade, **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 97, junho 2012, p. 85-106.

_____. “A exceção brasileira”, **Juízes para a Democracia**, ano 17, n. 74, p. 2-3, fev.-abr. 2017.

LIMA, Roberto Kant de. “Cultura jurídica e práticas policiais. A tradição inquisitorial”. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, ANPOCS, 4 (10), p. 65-84, 1989.

LIMA Jr., Jaime Benvenuto (org.). **Execuções sumárias, arbitrárias ou extrajudiciais**. Recife: CESE, 2001.

MARTINS, José de Souza. As condições do estudo sociológico dos linchamentos no Brasil, **Estudos Avançados**, 9 (25), 1995, p. 295-310.

MARX, K. **Formas que preceden a la producción capitalista**. Córdoba: Cuadernos de Pasado e Presente, 1971.

MERCADANTE, Paulo. **A consciência conservadora no Brasil**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

OLIVEIRA, Francisco de. “Jeitinho e jeitão”, **Revista Piauí**, 73, out. 2012.

PAYE, Jean Claude. L'état d'exception: forme de gouvernement de l'Empire?, **Multitudes**, 2004/2, n. 16.

PRADO Jr., Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense, 1996.

RIBEIRO, Carlos Antonio Costa. **Cor e criminalidade**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995.

RIBEIRO, Renato Janine, “Razão e sensibilidade”, **Folha de S. Paulo**, 18/02/2007, <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u68751.shtml>, consultado em 15/03/2017.

SAFATLE, Vladimir, “Do uso da violência contra o Estado ilegal”. In: Edson Teles e Vladimir Safatle (orgs.). **O que resta da ditadura**. São Paulo: Boitempo, 2010.

SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas**. São Paulo: Duas Cidades, 1985.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Recebido em: 04/12/2017.

Aprovado em: 29/06/2018.