



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
GABRIELA RIGUEIRA CAVALCANTI**

**DIREITO, PUNIÇÃO E INDUSTRIALIZAÇÃO NO CAPITALISMO DE VIA
COLONIAL**

**Juiz de Fora
2017**

GABRIELA RIGUEIRA CAVALCANTI

**DIREITO, PUNIÇÃO E INDUSTRIALIZAÇÃO NO CAPITALISMO DE VIA
COLONIAL**

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel sob
orientação da Prof.(a) Dr.(a)
Fernanda Maria da Costa Vieira

**Juiz de Fora
2017**

FOLHA DE APROVAÇÃO

GABRIELA RIGUEIRA CAVALCANTI

DIREITO, PUNIÇÃO E INDUSTRIALIZAÇÃO NO CAPITALISMO DE VIA COLONIAL

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientadora: Profa. Dra. Fernanda Maria da Costa Vieira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Coorientador: Prof. Dr. Elcemir Paço Cunha
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. Ricardo Ferraz Braida Lopes
Centro Universitário Estácio de Sá

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, 17 de novembro de 2017

“O criminoso não produz apenas crimes, mas também o direito criminal e, com este, o professor que produz preleções de direito criminal e, além disso, o indefectível compêndio em que lança no mercado feral “mercadorias”, as suas conferências. [...] O criminoso produz uma impressão com gradações morais e trágicas dependentes das circunstâncias, e assim presta um “serviço” ao despertar os sentimentos morais e estéticos do público. Não só produz compêndios sobre direito criminal, códigos penais e, portanto, legisladores penais, mas também arte, literatura, romances e mesmo tragédias, tais como *Schuld* de Müllner, *Räuber* de Schiller, *Édipo* de Sófocles e *Ricardo III* de Shakespeare. O criminoso quebra a monotonia e a segurança cotidiana da vida burguesa.”

(Karl Marx)

Resumo

Aborda-se o desenvolvimento do direito penal brasileiro com ênfase no período de 1890-1940 analisando as causalidades deste desenvolvimento em relação à objetivação do capitalismo de via colonial. Trabalha-se a hipótese de que a forma hipertardia, atrófica e dependente do capitalismo promovida pela especificidade histórica do colonialismo induz a atividade punitiva do Estado (leia-se criminalização e encarceramento) durante o momento de maior desenvolvimento industrial nacional - sem prejuízo de outras funções também exercidas pelo direito penal - ao papel de administração política da pobreza, sobretudo em face da massa excedente de força de trabalho oriunda da dissolução dos séquitos escravistas. Nesse sentido, a direção do projeto político da burguesia industrial a partir de 1937 promoverá modificações na sistemática punitiva anterior, típica do período de predomínio da burguesia agroexportadora, ao passo que se valerá de possibilidades engendradas por essa última para viabilizar acumulação nacional de capital fundada na superexploração.

Palavras-chave: Industrialização; Direito Penal; Via Colonial.

Abstract

The present study address the development of Brazilian criminal law with emphasis in the period of 1890-1940 analyzing the causalities of this development in relation to the objectivation of capitalism in the colonial way. The hypothesis under study is that the hyper late, atrophic and dependent form of capitalism promoted by the historical specificity of colonialism induces the punitive activity of the state (in other words, criminalization and imprisonment) during the period of the largest industrial development - notwithstanding other functions also exercised by criminal law - to the role of political administration of poverty, especially in light of the overpluss mass of labor force resulting from the dissolution of the enslaved sect. Thus, the direction of the political project of the industrial bourgeoisie from 1937 will promote changes in the previous punitive system, typical of the period of predominance of the agro-exporting power bourgeoisie, while using the possibilities generated by this one to enable national accumulation of capital based on superexploitation .

Keywords: Industrialization; Criminal Law; Colonial Way.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 7 |
| 1. DIREITO E IDEOLOGIA PELA POSIÇÃO DA CRÍTICA ONTOLÓGICA..... | 11 |
| 2. O PAPEL DO DIREITO NA VIA COLONIAL..... | 15 |
| 3. A PARTICULARIDADE DA QUESTÃO PENAL NO DESENVOLVIMENTO DO CAPITALISMO NACIONAL..... | 19 |
| 3.1. PREMISSAS SOBRE CRIME, PUNIÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO..... | 19 |
| 3.2. PERSPECTIVAS HISTÓRICAS DO DESENVOLVIMENTO DO PROJETO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO..... | 22 |
| 3.2.1. DOS PRIMÓRDIOS DA COLONIZAÇÃO AO IMPÉRIO (1500-1830)..... | 22 |
| 3.2.2. DO IMPÉRIO À PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA (1830-1890)..... | 25 |
| 3.2.3. A REPÚBLICA VELHA (1890-1930)..... | 33 |
| 3.2.4. A ERA VARGAS (1930-1945)..... | 34 |
| 4. A FUNCIONALIDADE DO PROJETO JURÍDICO-PENAL TÍPICO DE OBJETIVAÇÃO DO CAPITALISMO DE VIA COLONIAL..... | 38 |
| 4.1. A FUNÇÃO DISCIPLINADORA..... | 38 |
| 4.2.. A FUNÇÃO DE MANUTENÇÃO DE BAIXOS PATAMARES REMUNERATÓRIOS..... | 43 |
| 4.3. A FORMA POLÍTICA DE ADMINISTRAÇÃO DA POBREZA..... | 48 |
| CONCLUSÃO..... | 51 |
| REFERÊNCIAS..... | 53 |

INTRODUÇÃO

A história do direito penal aponta para a história da própria produção social da vida humana. Já não se pode mais tomar a entidade da pena e tudo que a circunda (crime e métodos punitivos) como dados imutáveis na natureza humana ou como institutos justos e racionais imprescindíveis à preservação da famigerada “ordem social” em virtude de seu caráter supostamente moralizador. É necessário, porém, ir além da mera crítica da política criminal sob uma perspectiva de garantia de direitos fundamentais, pois limitar-se a essa forma de análise é perpetuar a mistificação dos fenômenos da realidade que estão no cerne da questão penal e, antes, no cerne da própria questão jurídica. Por isso, trabalhamos aqui com a posição de crítica ontológica do direito, tomando-o segundo o seu caráter de ideologia e mensurando seus efeitos a partir da própria substância que lhe é genética: as relações de produção e reprodução da vida humana em sociedade, mais especificamente aquelas engendradas pelo capitalismo.

Alicerçados nessa concepção, ao confrontarmos-nos com a particularidade brasileira, é possível perceber como, no desenvolver do capitalismo no país, o direito pode socorrer ao caminhar da própria industrialização nacional, levada a cabo pelos interesses de uma burguesia não revolucionária, mas com projetos próprios e com ampla expressividade política frente aos velhos interesses agroexportadores de outra parcela da classe dominante brasileira.

Por um lado, se o arranjo político do período Vargas é a expressão dos enfrentamentos e acomodações entre os setores industriais e agrários, é o direito – em suas mais variadas vertentes – quem vai cumprir o papel de dirimir os embates entre a classe trabalhadora em formação e o patronato. Daí que o início da década de 1940 seja marcado, por exemplo, como o período de maior agigantamento da estrutura da administração pública até então e, ao mesmo tempo, também como o período de consolidação dos direitos trabalhistas e de edificação da nova codificação penal (acompanhada da expansão carcerária e policial). Se a CLT provou ser uma forma de dirimir e controlar os conflitos diretos entre patrões e empregados, canalizando-os para a institucionalidade das soluções jurídicas, por outro lado ela também cumpriu o papel de parametrizar as relações de trabalho e exploração de forma a homogeneizar os patamares de

extração de mais-valor pelos diferentes setores da indústria nacional. Os sentidos desse duplo papel também se observam, guardadas as devidas especificidades, no direito penal.

A questão que se coloca para nós é de deslindar como o direito, na sua função punitiva, foi não só operado *por* mas operador *de* transformações na ossatura da sociedade brasileira, especificamente durante o período de entificação do capitalismo no país. Parte-se das importantes observações de Rusche e Kirschheimer e do próprio Marx para compreender como, ao longo da história, as experiências de objetivação clássica do capitalismo e também as experiências não clássicas encontram no direito penal, como um todo, esteio para o seu próprio desenvolvimento: do angariamento de força de trabalho em tempos de escassez ao disciplinamento *intra murus* de indivíduos não adaptados à lógica do trabalho assalariado, da repressão contra aqueles que se rebelassem contra as imposições da classe dominante à redução ao mínimo das condições de vida do proletariado para barateamento da força de trabalho.

Se no Brasil o bonapartismo¹ do período de 37-45 bem se expressa na franca repressão aos movimentos de trabalhadores que contestavam diretamente os imperativos de reprodução do capital, o sistema penal reposto no período observa também outras duas urgências no capitalismo de vida colonial: a administração política dos conflitos sociais decorrentes do excedente populacional produzido pela transição ao regime do trabalho assalariado (o que podemos chamar de exército de reserva) e a regulação do baixo preço da força de trabalho decorrente do papel da economia atrofada nacional no mercado mundial.

Mas para entender melhor essas múltiplas funções exercidas pelo direito penal é preciso escrutinar as especificidades do desenvolvimento histórico do capitalismo nacional e perceber como o direito foi capaz de socorrer à objetivação do mesmo. Destaque-se que o período de consolidação da economia industrial no país foi dirigido por um setor da burguesia nacional cujo projeto político, por mais que de certo modo buscasse conferir maior autonomia ao capital

¹ Ensina Rago Filho (2004, p. 146) que “Engels, de certo modo, fornecera a chave para a compreensão desta forma particular de poder burguês, ao escrever que ‘o bonapartismo é a verdadeira religião da burguesia moderna’. Numa reflexão sobre a atualização do bonapartismo, Domenico Losurdo aponta o fenômeno da militarização como ‘resultado dos explosivos conflitos políticos e sociais internos’. E, numa recorrência à crítica de Marx, registra a configuração necessária da passagem da ‘ditadura burguesa mediante a espada’ para uma ‘ditadura da espada sobre a sociedade civil’, especificando que esta forma de terrorismo explícito com ‘o aparelho militar desenvolvido pela burguesia em função antioperária termina por engolir a sociedade no seu conjunto e a própria classe dominante’. A determinação marxiana não deixa margens para dúvida, uma vez que o Executivo guindava ou fechava o Parlamento e, com isto, ‘Despojava o poder de Estado de sua forma direta de despotismo de classe, pondo um freio ao poder parlamentar e, conseqüentemente, diretamente político, da classe dos apropriadores’. Mais ainda: esta força absolutizada, concentrada e aparentemente autônoma com respeito à sociedade civil pode ser considerada a ‘última forma, degradada, a única possível desta dominação de classe, tão humilhante para a própria burguesia quanto para a classe operária que é mantida sob ferros’. Sendo assim, ‘a única forma possível de Estado em que a classe dos apropriadores pode continuar a manter sob sua influência a classe dos produtores’. Como reserva de poder, recurso alternativo aos conflitos de classe que se constitui em ‘uma das formas políticas da sociedade burguesa, a sua forma mais prostituída, mais acabada, e a última’”.

nacional frente às frações burguesas dominantes internacionalmente, não pode prescindir de outros interesses como o do setor agrário-exportador, o dos importadores de capital e os do centro do capitalismo mundial – Europa e Estados Unidos.

Daí que se perceba, conforme demonstraremos, a presença de ímpetos verdadeiramente modernizadores da sociedade brasileira no período, sobretudo levados à cabo através de políticas sociais organizadas pelo Estado em consonância com as necessidades da burguesia industrial em ascensão. E isto se comprova por elementos como a universalização do ensino público² fundamental e técnico como forma de estabelecimento de um nível de produtividade e especialização mínimo para a força de trabalho, a reorganização do espaço urbano³ pautada nas necessidades da indústria, a consolidação das leis do trabalho como acima mencionado e, inclusive, o projeto jurídico-penal com escopo na função ressocializadora do trabalho⁴.

O que se pretende demonstrar é que a presença destes “ímpetos modernizadores” na legislação, na administração pública e, inclusive, no discurso dos ideólogos de tal projeto não contradizem por princípio a realidade que resulta do implemento dessas iniciativas a partir do final da década de 1930. O projeto jurídico-penal do período, por exemplo, apesar de orbitar em volta da ideia da disciplinamento através trabalho carcerário, nunca se efetiva como mecanismo massivo de apropriação econômica da força de trabalho, algo que é resultado da própria materialidade das relações de produção no Brasil, onde a indústria não se desenvolveu a ponto de incorporar todo o contingente populacional oriundo do fim do sistema escravista na dinâmica produtiva e o excedente de força de trabalho daí recorrente foi relegado aos sabores do desemprego não por mera eventualidade, mas por asserção do próprio contexto econômico mundial e local, pois é da lógica do próprio capital produzir populações excedentes⁵.

Em outras palavras, a função que cumpre o sistema carcerário num país onde o excedente de força de trabalho constitui traço fundamental do quadro sócio-econômico do

² Cf. WEINSTEIN, Bárbara. *(Re)formação da classe trabalhadora no Brasil, 1920-1964*. São Paulo: Cortez Editora, 2000 sobre a implementação do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) por Getúlio Vargas em 1942.

³ Cf. RAGO, Margareth, *Do cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar: Brasil 1890-1930*. 4.ed. - São Paulo: Paz e Terra, 2014 sobre a iniciativa de industriários brasileiros na criação de diversas vilas operárias nas capitais do país.

⁴ Para entender a questão cabe adiantar que o ideário “jurídico no Brasil, no início do século, realiza um movimento que vai da apologia da disciplina e do trabalho, às práticas repressivas que deveriam ser mais ‘modernas e eficientes’, discorrendo amplamente acerca das penas e da atitude ressocializadora da ação judicial. Neste sentido, nos primeiros anos da República, com a passagem do capitalismo e a conseqüente formação do proletariado urbano, a instituição judiciária disparara um conjunto de práticas [...] que visavam uma atuação decisivamente disciplinar, através da educação *para o trabalho*” (NEDER, 2012, P. 114 – grifos do original). Entretanto, isso não quer dizer que essa ressocialização se concretize de fato “regenerando” os criminosos ou mesmo introduzindo-os no mercado de trabalho.

⁵ Cf. MARX, Karl. *Capítulo 23, item 4 Diferentes formas de existência da superpopulação relativa. A lei geral da acumulação capitalista*. In: *O Capital, vol 1*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

período, é, sem perder de vista à repressão dos movimentos de trabalhadores, a de administração política da pobreza e de fixação do nível geral dos salários em patamares mínimos. Em suma, é dizer que a forma como o Direito Penal se ocupou da formação social da classe trabalhadora no Brasil foi de grande valia para o desenvolvimento da economia nacional e sobre isso discorreremos a seguir.

CAPÍTULO 1

Direito e ideologia pela posição da crítica ontológica

Como premissa para nossos estudos, é necessário fixar o entendimento de que a ontologia refere-se “à estrutura da realidade” (LUKÁCS, 1999, p. 139). Daí funda-se que a função da crítica ontológica é a de restaurar a realidade autêntica no pensamento. Em termos de cientificidade, significa proceder a uma análise que tem sempre em vista a totalidade do ser social “e, com base nela, sopesa a realidade e cada fenômeno singular” (idem, 2012, p. 206). Uma análise ontológico-filosófica da realidade é aquela que se recusa a perder-se por armadilhas do intelecto que autonomizam as abstrações, “colocando-as acima dos fenômenos operados” (idem).

Com esse direcionamento, deve-se ter em conta que um tratamento rigoroso do Direito enquanto objeto de pesquisa só pode ser realizado na medida em que se atravessam as aparências das formas jurídicas, atacando as raízes sociais e históricas dessas formas. Nesse sentido, não inovamos ao afirmar que o Direito é “uma das formas ideológicas específicas” (FORTES, 2014, p. 72). Aliás, é do próprio Marx, em famosa (e mal interpretada) passagem, que se extrai tal conclusão:

A transformação da base econômica altera, mais ou menos rapidamente, toda a imensa superestrutura. Ao considerar tais alterações é necessário sempre distinguir entre a alteração material – que se pode comprovar de maneira cientificamente rigorosa – das condições econômicas de produção e as formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas ou filosóficas, em resumo, as formas ideológicas pelas quais os homens tomam consciência deste conflito, levando-o às suas últimas consequências. (MARX, 1971, pp. 9-10).

Para uma correta apreensão do afirmado por Marx, sobretudo no que toca a questão do Direito, deve-se pretender a superação de uma concepção mecanicista a respeito dos fenômenos sociais e também a constatação do real significado de ideologia. Assim, acreditamos socorrer à razão o entendimento de Lukács, para quem, deste excerto, é possível aludir que “a ideologia é sobretudo a forma de elaboração ideal da realidade que serve para tornar a práxis social humana consciente e capaz de agir” (LUKÁCS, 2013, p. 465). Isso significa dizer que a questão ideológica não se restringe aos processos de dominação social, tampouco “aparece como discussão circunscrita aos problemas de ordem gnosiológica. A ideologia é, antes de tudo, instrumento para dirimir conflitos surgidos no interior dos processos históricos do ser social” (FORTES, op.cit., p. 72).

Na ação humana concreta a ideologia é momento ideal, o que não quer dizer momento menos relevante. As alternativas produzidas no terreno do pensamento – sejam elas oriundas

do direito, da ciência, filosofia, religião, tradição etc. – para responder aos problemas postos pelas situações histórico-sociais constituem ideologias na medida em que sejam capazes de “conscientizar e operacionalizar a prática social” (idem). Toda sociedade, em qualquer época, se confronta com as suas próprias problemáticas, colocando para os indivíduos questões e conflitos que devem por eles ser resolvidos. Para a reprodução de uma dada sociedade, é necessário que certas prescrições fundamentais sejam observadas pelos indivíduos no convívio social de forma mais ou menos voluntária; indo “além das formas meramente punitivas para que estas exigências sejam cumpridas” (idem).

Assim se sucede com o Direito pois, para que ele se torne importante meio para dirimir os conflitos sociais na vida cotidiana, ele precisa apelar a todo momento para “as convicções que surgem espontaneamente no plano social sobre os seus próprios conteúdos” (LUKÁCS, op. cit., p. 360). Na gênese do Direito, ele tampouco se diferencia de formas ideológicas espontâneas como o costume, tradição e a religião, por exemplo. Na verdade, a influência destas outras esferas no conteúdo e na forma do próprio Direito nunca deixa de se efetivar, provando-se até mesmo um tanto indispensáveis. Justamente em função dos efeitos destes preceitos espontâneos, surge a possibilidade social de regulamentação jurídica, uma vez que são eles – dos hábitos à moral – que orientam os indivíduos a evitar em massa as ações que poderiam obstar a reprodução social. “Roubo, fraude etc. só podem funcionar efetivamente como categorias jurídicas porque têm como referência essencialmente casos excepcionais – ainda que típicos – da práxis.” (ibid., p. 361).

Ressalte-se que, de todo modo, essas formas ideológicas, das mais espontâneas às mais teleologicamente postas (como o Direito), em última instância, só podem se efetivar em virtude de sua relação com a materialidade das condições históricas de produção e reprodução da vida humana. E é precisamente por isso que apenas na modernidade, sob a vigência do modo de produção capitalista, que o Direito se seculariza e ganha maior autonomia frente a outras formas ideológicas (como a tradição, a política e religião, por exemplo). Aqui, faz-se oportuno o enfrentamento de certas concepções um tanto mecânicas da realidade⁶, pois, certamente, se não foram as “relações jurídicas correspondentes à produção de mercadorias” (MARX, 2013, p. 159, nota 38) que conceberam as relações econômicas, muito menos foram as relações econômicas que criaram,

a partir de si mesmas e nada mais, relações jurídicas sem mediação alguma das formas históricas que deixaram profundas marcas na prática concreta dos homens, como a

⁶ Cf. PAÇO CUNHA, Elcemir. *Marx e Pachukanis: do fetiche da mercadoria ao “fetiche do direito” e de volta*. In: Verinotio – revista on-line de filosofia e ciências humanas. nº 19, ano X, abr. 2015.

pessoa jurídica do direito romano e o homem abstrato do cristianismo... As relações econômicas dão o conteúdo, mas o acabamento das formas não se dá sem outros movimentos históricos importantes – o que não retira da economia a qualidade de momento preponderante (MARX, 2011, p. 49) no movimento total da realidade histórico-social [...]. Por outro lado, o avanço a outro patamar das relações econômicas nessa forma das trocas, quer dizer, a expansão progressiva do modo de produção capitalista, pressupõe o desenvolvimento também progressivo de relações jurídicas. Esse desenvolvimento não significa que o capitalismo crie todas as formas. Significa, na verdade, que com a criação de determinados aspectos específicos e próprios convive uma rearticulação e desenvolvimento repletos de contraditoriedades e choques entre algumas formas históricas mais ou menos correspondentes às relações econômicas capitalistas, sem mencionar a potencial eliminação das formas limitadoras. Essa criação/ rearticulação/ eliminação desenvolve tais formas históricas em direções muito complexas e, por vezes, opostas às tendências que as guiavam anteriormente. (PAÇO CUNHA, 2015, p. 166)

Assim, o Direito não é mero epifenômeno da economia, seus princípios e estruturas não podem ser reduzidos a uma mera transposição das determinações do processo econômico para o mundo das ideias. Na verdade, a constituição do sistema jurídico, com toda a sua coerência interna, pressupõe a sua não identidade com a economia, de modo a se tornar apropriado para enfrentar e resolver conflitos da sociedade existente em cada caso concreto, ou seja, retroagindo e atuando nas próprias relações materiais que lhe dão sustento dentro das proporções de poder de classe existentes, sem que essa forma (jurídica) de resolução de conflitos apareça como expressão de dominação.

Se na Idade Média “a concepção de mundo era essencialmente teológica” (ENGELS; KAUTSKY, 2012, p. 17), a concepção católica de mundo, entretanto, já não mais podia socorrer às respectivas condições de produção e de troca engendradas no desenvolver da ascensão da burguesia. Assim, emerge a “concepção jurídica mundo” (ibid, 18), evidenciando o caráter ideológico do Direito. O Direito humano e o Estado destronaram, respectivamente, o dogma/direito divino e a Igreja. O que antes só se procedia mediante sanção da Igreja, representante de Deus na Terra, agora só pode ser fundado no Direito e criado pelo Estado. Nada disso sem uma razão econômica de ser, como bem explicam Engels e Kautsky:

Visto que o desenvolvimento pleno do intercâmbio de mercadorias em escala social [...] engendra complicadas relações contratuais recíprocas e exige regras universalmente válidas, que só poderiam ser estabelecidas [...] pelo Estado, imaginou-se que tais normas não proviessem dos fatos econômicos, mas dos decretos formais do Estado. Além disso, uma vez que a concorrência, forma fundamental das relações entre livres produtores de mercadorias, é a grande niveladora, a igualdade jurídica tornou-se o principal brado de guerra da burguesia. Contribuiu para consolidar a concepção jurídica de mundo o fato de que a luta da nova classe em ascensão contra os senhores feudais e a monarquia absoluta, aliada destes, era uma luta política, a exemplo de toda luta de classes, luta pela posse do Estado, que deveria ser conduzida por meio de reivindicações jurídicas. (ibid., p.18)

Em resumo, a gênese do direito se funda na necessidade de resolver os conflitos que se originam no processo produtivo e o nascimento dessa função ideológica do direito se dá

concomitantemente à diferenciação e complexificação da divisão social do trabalho, o que possibilita que gradativamente ele se transforme em uma esfera na qual atuam profissionais altamente especializados que vivem dessa atividade jurídica. Aí se completa o que Lukács chama atenção no sentido do Direito enquanto ideologia específica, pois a reprodução, manutenção e transformação do Direito passa a depender abertamente (e institucionalmente) desse próprio grupo de especialistas. Somando-se a isso o fato de que o Direito é capaz de voltar-se para a própria realidade, alterando-a em alguma medida, o filósofo húngaro observa que os discursos presentes dentro da própria esfera do direito (a filosofia do direito, a jurisprudência e todos os seus ramos doutrinários) fazem com que “conteúdo e forma do direito assumam a roupagem fetichista de forças soberanas da humanidade”. (LUKÁCS, apud VAISMAN, 2010, p. 52)

Correspondentemente, a crítica ontológica no presente caso é a reprodução da funcionalidade do direito como força material efetiva na realidade das contradições e conflitos fundamentais. Para isso, não se faz, como alertaram Marx e Engels (2003, p. 43) sobre Proudhon, uma “crítica [d]o direito a partir da concepção de direito”, mas da dinâmica própria da realidade material. Como registrou Marx (1977, p. 24), não se pode compreender as relações jurídicas e as formas de Estado “nem a partir de si mesmas, nem a partir do assim chamado desenvolvimento geral do espírito humano”, pois elas “se enraízam nas relações materiais de vida” - algo que Hegel identificou sob o nome de sociedade civil (*bürgerliche Gesellschaft*), assim como os ingleses e franceses do século XVIII. Na verdade, “a anatomia da sociedade burguesa deve ser procurada na Economia Política”.

CAPÍTULO 2

O papel do Direito na via colonial

É José Chasin que, em seu *O Integralismo de Plínio Salgado: forma de regressividade no capitalismo hipertadio* (1978), cunha a teoria da via colonial de entificação do capitalismo. A relevância desse achado reside na superação de teorias insuficientes ou equivocadas sobre o desenvolvimento do capitalismo no país, o que é decisivo para a ciência da história na compreensão dos fenômenos sociais particulares. Chasin parte da compreensão da “importância do componente da Colônia como fundamento e ponto de partida da nossa história” (QUEIROZ, 2017, p.5), compreendendo a centralidade das diferenças nas “legalidades internas dos Estados-nação coloniais subordinados ao imperialismo [...], abordando pelo método das diferenças específicas do processo histórico as particularidades que compõe o caso nacional” (idem) em comparação com as vias clássicas e com a via prussiana de desenvolvimento do capitalismo. A conclusão a que chega é que o tempo histórico das transformações sociais é determinante para compreender esse processo, posto que se na via prussiana a consolidação industrial é tardia, no Brasil ela é hipertardia. Além disso, o Brasil se desassemelha a esses processos por sofrer profundas influências do imperialismo e do capital monopolista “na composição de seu capital nacional, não deixando de ser um país subordinado na ordem da produção capitalista” (ibid., p.5).

Já no final do século XIX, é certo, a escalada industrial começa a reorganizar a sociedade brasileira. Mas é a “revolução” de 1930 que

marca o fim de um ciclo e o início de outro na economia brasileira: o fim da hegemonia agrário-exportadora e o início da predominância da estrutura produtiva de base urbano-industrial. Ainda que essa predominância não se concretize em termos da participação industrial na renda interna senão em 1956, quando pela primeira vez a renda do setor industrial superará a da agricultura. (OLIVEIRA, p. 79, 1972)

Entretanto, a classe dos industriais não irrompeu, como nos casos clássicos de desenvolvimento do capitalismo (Inglaterra e França, por exemplo) em uma revolução radicalizada com bases populares. Na verdade, por aqui o que ocorreu foi um caminho sem ruptura, conciliando o novo e o velho, o capital agroexportador e o capital industrial em ascensão. Mesmo com a intensa participação estatal no processo em tela, o capitalismo autêntico não consegue romper com os limites da sua atrofia. O ponto que nos interessa frisar aqui é como a contingência histórica proporcionou a objetivação de um capitalismo verdadeiramente atrofico: em termos gerais, a passagem ao capitalismo de fato no Brasil não ocorreu com a completa ruptura com o sistema agro-exportador e nem pretendeu lançar o país

à condição de economia emancipada no cenário econômico global. Pelo contrário, o desenvolvimento histórico acabou,

com os desdobramentos de suas determinantes estruturais do capitalismo brasileiro, consubstanciando um tipo de capital atrofico, subordinado e induzido de fora [...]. Pela Via Colonial da objetivação do capitalismo, a reprodução do país hospedeiro sempre se faz na condição de subalternidade, o receptor tem de ser reproduzido sempre enquanto receptor. (RAGO FILHO, 2010, p. 81)

Em outras palavras, explica Chasin, “a objetivação pela Via Colonial do capitalismo [...] particulariza formações sociais economicamente subordinadas” (CHASIN, 1989, p. 39). O capital metropolitano, com seus influxos e refluxos, produz e reproduz a miséria de um anacronismo nas formas sociais e econômicas das colônias, armada sobre a incompletude do capital incompletável destas.

É bem vivo o entendimento nesse sentido de que os capitais e as iniciativas estrangeiras e nacionais se foram combinando e interpenetrando de tal forma que não há realmente mais, hoje, como “deslindar a meada e circunscrever uma indústria puramente brasileira e livre de ‘contaminação’ do capital internacional, sem ligação e relação alguma com interesses estrangeiros; e determinar, por conseguinte, uma burguesia ‘nacional’ anti-imperialista” (PRADO JR., 2014, p. 49-50). Daí que

embora a classe industrial ou antes alguns representantes, possam individualmente entrar em conflito com a poderosa concorrência de empreendimentos estrangeiros, e esse conflito se traduza eventualmente em ressentimentos contra o capital estrangeiro, não se verificam na situação brasileira circunstâncias capazes de darem a tais conflitos um conteúdo de oposição radical e bem caracterizada, e muito menos de natureza política. (idem, p. 83)

Conforme explica Paço Cunha (2017), isso acarreta consequências no plano político como a instabilidade, marca constante que oscila ao longo da história entre a institucionalização da autocracia burguesa e o bonapartismo. “Essa forma política cambaleante teve funcionalidades [...]. Serviu consideravelmente de alavanca para todo rompante econômico e para disciplinar as massas por meio de diferentes expediente.” (PAÇO CUNHA, 2017, p.8)

Nesse sentido, pesquisas recentes⁷ informam o relevante papel do Direito na via colonial de desenvolvimento do capitalismo no Brasil, sobretudo focando-se na história e no significado da legislação trabalhista. As conclusões encaminham que há significativa mudança no trato da questão social pelo Estado brasileiro. Por exemplo, antes de 1920 o debate político

⁷ Cf. PAÇO CUNHA, Elcemir. *A função do direito na via colonial* e RODRIGUES, Arthur Bastos. *A apreensão caiopradiana do Direito na Via Colonial*. In: Anais do Colóquio Internacional Marx e o Marxismo 2017. Niterói, agosto de 2017.

é notadamente emperrado e a repressão será o traço preponderante na relação do patronato com o proletariado.

A partir de 1926 é fundado o Ministério do Trabalho. Tal iniciativa deixa claro que no caso brasileiro a questão trabalhista e a pobreza são encaradas quase que de forma indissociável, de modo que as reivindicações trabalhistas apareciam como um problema de “carestia”⁸. Percebe-se que a criação de ministério constitui um tipo de resposta meramente administrativa que, por si só, não pretende e nem poderia acabar com as contradições que estão no cerne do problema social. Assim, a finalidade última dessa nova postura do Estado visa, no limite, a administração, disciplinamento e habituação do proletariado a um determinado regime de funcionamento. “E esse movimento pode explicar o que se testemunha parcialmente na virada dos anos de 1930 nessa matéria da relação entre assimilação e repressão, guardadas as particularidades do caso brasileiro” (idem).

As mudanças nas posturas do Estado e da classe dominante no trato dos conflitos entre capital e trabalho a partir de 1930 são ainda mais significativas:

Uma delas está nas concessões que o patronato foi obrigado a realizar, face às pressões grevistas, e que significavam, na prática, a passagem de uma posição de simples negação de uma série de reivindicações trabalhistas, para sua aceitação e, até certo ponto, implementação (são os exemplos das 8 horas de trabalho e de medidas de regulamentação do trabalho da mulher e do menor). Ou seja, o empresariado é forçado a reconhecer, ao menos teoricamente, a questão do trabalho no Brasil, embora considerado toda a sua especificidade em relação à Europa. Neste campo, a vigência de normas que regulamentassem as relações de trabalho, consagradas por uma legislação social, vai sendo ao longo dos anos firmada. Estes fatos têm importantes desdobramentos, uma vez que indicam, de um lado, a aceitação da legislação social como instrumento de controle da classe operária e não mais como simples armadilha que se voltaria contra seu criador [a própria burguesia] e, de outro, traduzem a delimitação de um novo papel do Estado na questão (Gomes, 1979, p. 154)

A legislação social marca um movimento típico do território jurídico, que desloca a repressão para a institucionalidade das soluções baseadas em direitos – direitos que, se antes serviam de arma para o proletariado na luta contra a burguesia, agora, cada vez mais se mostravam arma de defesa para a promoção dos interesses desta classe⁹. O que, em verdade,

⁸ Cf. GOMES, Angela M. de. C. *Burguesia e trabalho: política e legislação social no Brasil 1917-1937*. Rio de Janeiro: Campos, 1979

⁹ Importante ressaltar a importância e a amplitude das lutas operárias do início do século XX na conquista por melhores condições de vida e trabalho. Não é possível suscitar hipótese em que a monilização massiva dos trabalhadores não apareça como importante motor da conquista de direitos, mas, por parte da classe dominante, “o espírito é sempre o mesmo: transformar uma questão política, de correlação de forças entre o trabalhador e o patrão, numa questão jurídica e técnica, com suas regras e normas só acessíveis aos especialistas, incluindo-se nesta categoria os vogais. É por isso que a Justiça do Trabalho, prevista já na Constituição de 1934, só foi possível ser instituída durante o Estado Novo, quando os sindicatos já estavam totalmente atrelados e os trabalhadores amordaçados, sem condições de resolver por suas próprias mãos os conflitos de trabalho. Se toda essa análise, realizada ao longo desta pequena obra, for verossímil, a conclusão que se impõe é óbvia: a legislação trabalhista,

não é nenhuma surpresa histórica pois também no exemplo da via clássica de objetivação do capitalismo, a esfera jurídica serviu “à generalização das novas condições produtivas” (PAÇO CUNHA, op. cit., p. 15), estabelecendo os parâmetros gerais no interior dos quais funciona a extração do valor (idem). Mas significou “também um modo de regulação do mercado do trabalho” (idem).

Esse movimento concomitante da forma política e jurídica segue o compasso da industrialização brasileira pós-anos 1930, quando “os incrementos no contingente obreiro são muitas vezes maiores que o stock operário anterior” (Oliveira, 2003, p. 37-9). Assim, a legislação social implementada pouco a pouco alcançava seu “correspondente à verbalização ideológica das classes dominantes [...] de propiciar a formação de um enorme "exército de reserva" propício à acumulação” (idem).

Os conflitos sociais que brotam dessa realidade em que há uma multidão de indivíduos livres não incorporados ao mercado de trabalho nas cidades brasileiras do período de entificação capitalista não podem, entretanto, ser socorridos apenas pela legislação trabalhista. Diferentes mecanismos foram acionados pela burguesia industrial visando efetivar “sua proposta domesticadora, desmobilizando categorias e/ou tendências pela persuasão – acenando leis sociais de amparo ao trabalhador – ou pela força quando aquela se mostrava insuficiente” (SILVA, 1990, p. 125). Enquanto a política servia de palco para os conflitos entre os setores dominantes (a fração agroexportadora da burguesia e a fração industrial), o direito se ocupava das contradições existentes entre capital e trabalho não só através dos direitos sociais. Nesse sentido, lançamo-nos à tarefa de investigar por quais outros canais operou o direito na forja do projeto social da burguesia nacional.

no seu espírito e no processo de seu implemento, carrega as marcas das lutas operárias mas também as de sua derrota” (MUNAKATA, 1981, p. 105).

CAPÍTULO 3

A particularidade da questão penal no desenvolvimento do capitalismo nacional

3.1. Premissas sobre crime, punição e desenvolvimento econômico

Ao longo dos últimos dois séculos, muitos estudos foram empreendidos por importantes pesquisadores¹⁰ na busca por melhor compreender os fundamentos do fenômeno delitivo e, conseqüentemente, também sobre as respostas punitivas a ele correspondentes. As trilhas abertas por esses estudos parecem proporcionar hoje algum consenso sobre o fato de que - a despeito do que proclamou outrora uma nem tão longínqua criminologia positivista¹¹ - a criminalidade tem como causa básica a “questão social” (RUSCHE; KIRSCHHEIMER, 2004, p.17).

Esse predicado nos possibilita, *a priori*, afastar qualquer consideração que aponte para uma história do direito autônoma e destacada do contexto histórico de produção deste, como se tivesse por substância somente “um conjunto de noções universalmente válidas” (BATISTA, 2007, p.18). É que o fenômeno social ao qual denominamos crime - em outras palavras, as condutas propriamente consideradas anti-sociais em dado momento histórico – se opera em meio às contingências da produção e reprodução da vida social humana e o enquadramento dessas condutas enquanto formas indesejáveis de agir bem como, paralelamente, o estabelecimento de procedimentos para o constrangimento desse agir indesejado, não pode ser considerado como “simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais” (ibid., p.20).

O que se busca proporcionar com tais constatações é o enfrentamento de uma noção bastante entranhada nos debates jurídicos e que pode ser bem resumida na clássica afirmação de Hegel:

A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu

¹⁰ Do longínquo Georg von Mayr de 1877 (mencionado em RUSCHE; KIRSCHHEIMER, op.cit. p. 17) aos pesquisadores contemporâneos ligados à uma criminologia crítica latino-americana, bem encarnada em figuras como Rosa Del Olmo e Raul Eugênio Zaffaroni.

¹¹ Nas palavras de Nilo Batista (2007, p. 30) a criminologia positivista “necessariamente tende a tratar o episódio criminal como episódio individual e a respaldar a ordem legal como ordem natural: não por acaso, seus precursores procuram tematizar um ‘homem delinquente’, que, ao lado dos ‘loucos morais’, viola a ordem legal, ou um ‘delito natural’, que atinge “sentimentos” encontráveis nas ‘raças superiores’, indispensáveis para a ‘adaptação do indivíduo à sociedade’, isto é, para a manutenção da ordem legal”.

direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Porque vem de um ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito. (HEGEL, 1997, p. 89)

O que chama a atenção nessa fórmula é o fato de que o idealista alemão eleva o criminoso “à posição de um ser livre e autodeterminado”¹² (MARX, 1853, s/p, tradução nossa). Mas essa abstração que permite substituir o indivíduo concreto (com seus motivos reais e com as multivariadas pressões sociais por ele sofridas) pela abstração genérica do “livre arbítrio”, nada mais é do que uma armadilha do idealismo filosófico operando através de uma expressão metafísica (a ideia de que a punição é resultado da própria vontade do criminoso) a velha lei de talião. A questão é que não se trata, como talvez se pudesse objetar, de conflitos entre indivíduos tomados isoladamente uns contra os outros mediados pela sua própria força física autorizados por um pacto comunitariamente firmado (ou algum outro tipo de ilusão de “contrato social” como a cultura jurídica por vezes pressupõem). Na verdade, se bem nos alerta Marx que “a punição nada mais é do que uma forma de determinada sociedade se preservar contra violações de suas próprias condições vitais”¹³ (idem), é preciso, antes de mais nada, compreender que cada momento histórico, na especificidade do modo de produção que lhe é distintivo, “tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção” (RUSCHE; KIRSCHHEIMER, op.cit., p.20), “porque a origem e a força dos sistemas penais, o uso e a rejeição de certas punições e a intensidade das práticas penais [...] são determinadas por forças sociais, sobretudo econômicas” (idem).

Em suma, importa dizer que não existe a pena como dado derivado de um pacto social ou como elemento supostamente natural da condição humana. Tal qual não existem condutas proibidas *per se* em função de um caráter imoral ou danoso intrínseco e incontestável. Em termos simples: o que se considera crime em dado momento histórico e a forma como são punidos os criminosos assentam-se no modo de vida desse mesmo período, sendo por isso mesmo necessário desvelar os fundamentos desse modo de vida, as relações sociais que determinam e são determinadas por este processo humano-societário para, a partir daí, perceber como se produzem e reproduzem as ideologias e as instituições que possibilitam a continuidade do ordenamento social – dentre elas, a punição e o próprio direito.

Mas para nos aproximarmos da questão é necessário afastar de antemão as teorias clássicas da pena, sejam elas as retribucionistas ou as teleológicas. As primeiras por enxergar

¹² “There is no doubt something specious in this formula, inasmuch as Hegel, instead of looking upon the criminal as the mere object, the slave of justice, elevates him to the position of a free and self-determined being.”

¹³ “[...] punishment is nothing but a means of society to defend itself against the infraction of its vital conditions.”.

na relação entre culpa e expiação um “mero problema de imputação jurídica no qual o indivíduo aparece como sujeito dotado de livre-arbítrio” (ibid., p. 18) e as segundas por concentrarem-se em “necessidades sociais reais ou hipotéticas” (idem), considerando como principal óbice à realização das finalidades da pena (a saber, a reprovação, a retribuição, a prevenção e, mais recentemente, a ressocialização) os “problemas de ordem técnica” (idem) e não histórica. Aliás, por, no geral, considerarem a pena como algo a-histórico e imutável, as teorias da pena encontram grandes limitações em suas eventuais análises sobre a relação entre punição e estrutura social. Ainda que, muitas das vezes, o senso comum aponte no sentido de que os teóricos de uma época tem a oportunidade de fazer análises críticas da teoria de um período anterior, estas análises “são limitadas pelas condições sociais da época posterior, especialmente pela necessidade de defender a integridade ideológica da instituição punitiva” (idem), necessidade que perfaz presente e passado. Por isso, na maior parte das vezes, quando os teóricos da pena procedem a alguma sorte de análise histórica eles conseguem no máximo identificar o “passado” como “um período no qual a revanche, não a punição, predominava” (idem). Nesse sentido, muitas das vezes limitam-se a descrever precariamente um “mero esquema da sucessão das manifestações históricas, uma massa de dados supostamente alinhados pela noção de que eles indicam o progresso”¹⁴(ibid., p.19).

Ante o exposto, torna-se impensável proceder a uma análise histórica da punição com suas características e razões de ser sem proceder simultaneamente a uma análise histórica do próprio tecido humano-societário, no seu produzir-se cotidiano, em meio às vicissitudes dos sucessivos modos de produção. É o que se constata a partir da valiosa conclusão de Rusche e Kirschheimer que, apesar de sorrateiramente transformar de forma mecânica e equivocada a questão econômica em questão jurídica (como na percepção dos autores sobre a escravidão como método punitivo), é bastante elucidativa:

Portanto, se numa economia escravista verifica-se uma situação de escassez de oferta de escravos com a respectiva pressão da demanda, será difícil ignorar a escravidão como método punitivo. No feudalismo, por outro lado, não apenas essa forma de punição cai em desuso como não se descobriu nenhum outro método para o uso da força de trabalho do condenado. Foi então necessário o retorno a antigos métodos, como os da pena capital ou corporal, uma vez que a introdução da pena pecuniária para todas as classes era impossível em termos econômicos. A casa de correção foi o ponto alto do mercantilismo e possibilitou o incremento de um novo modo de produção. A importância da casa de correção desapareceu, entretanto, com o surgimento do sistema fabril. (ibid., p. 21)

Advirta-se desde já, como alhures mencionado, que não se trata de encontrar mecanicamente uma resposta econômica para um problema qualquer da sociabilidade. Como

¹⁴ Importante mencionar que no original há uma nota de rodapé neste trecho, indicando Émile Durkheim em seu *Deux lois de l'évolution pénale* como exemplo típico destes tipos de elaborações.

já assinalamos, as interações entre moral (e outros complexos como a religião e a política) e o direito, enquanto distintas formas ideológicas que são, também merecem brochura própria na busca por melhor compreender o fenômeno do direito penal e do crime propriamente dito (pensemos no exemplo do famigerado capítulo dos *Crimes Contra a Dignidade Sexual* de nosso Código Penal). Uma compreensão da história da punição e da história do próprio direito como meros reflexos desprovidos de autonomia (e de influências de outros fatores) face à compulsão econômica incorre certamente em uma compreensão equivocada da ontologia do ser social. Contudo, conforme se comprovará, a preponderância dos fatores econômicos enquanto propulsores das transformações penais do Brasil, (sobretudo, em seu momento de corporificação mais robusta) é, não só evidente, como de apreciação imprescindível para uma pesquisa rigorosa sobre a história do direito e da sociedade brasileira.

3.2. Perspectivas históricas do desenvolvimento do projeto jurídico-penal brasileiro

3.2.1. Dos primórdios da colonização ao império (1500-1830)

De modo geral, o procedimento que parte das formas sociais da colônia e do império para compreender o atual estágio da sociedade brasileira, expõe-se ao risco de buscar onde ainda não estão presentes alternativas e possibilidade desenvolvidas do conflito contraditoriamente posto - isto é, nas formas mais simples - explicação para o mais complexo e autêntico. Rodrigues (2017, p. 10) adverte “que isso não significa que a gênese é irrelevante para o processo de compreensão da realidade, muito pelo contrário”. Na colônia, a gênese do processo histórico brasileiro encontra elemento “essencial à configuração da particularidade da via-colonial” (idem). Entretanto, isso não implica que “o simples seja o definidor do complexo, mas sim que o processo de desenvolvimento a partir da colônia dá forma essencial à consolidação do capitalismo brasileiro no raiar século XX” (idem). Assim, é imprescindível conhecer a gênese do capitalismo no Brasil, “mas é a sua consolidação que explica o seu desenvolvimento a partir dessa gênese” (idem).

Essas considerações nos facultam entender que a forma jurídica mais simples presente na colônia, “amalgamada e umbigada com outras práticas sociais como a política e a religião” (ibid., p. 15), adquire especificidades própria através de funções engendradas na realidade em decorrência do próprio desenvolvimento da vida social. Em momentos determinantes na forja das relações típicas da sociabilidade capitalista, como por exemplo na transição de sua forma

mercantilista para a industrial, o direito cumpre importantes funções específicas. Rodrigues informa que, da leitura das obras historiográficas de Caio Prado Jr.¹⁵, por exemplo, é possível identificar indícios de que o direito cumpre certa função particular,

principalmente ao *oficializar* as transformações pelo alto como na Independência e na República, em que a lei exerce uma função, na composição do velho ao novo, como a *fatura da dívida* que historicamente se tem com o atraso conservador no país, mantendo as relações de inferioridade e submissão em relação ao mercado exterior, na posição de economia exportadora de produtos primários com a posterior industrialização atrofada. A *fatura* é o reconhecimento posterior do fato que toma o direito para si como mediação social que indica graus de protagonismo, mesmo enquanto *protoforma jurídica* não diferenciada, na colônia e Império. (ibid., p. 16).

Exatamente por isso e por questões de exposição didática, consideramos de grande valia uma breve reflexão sobre a história do direito e, mais especificamente, do direito penal do período colonial e imperial no Brasil, sobretudo porque a partir de elementos surgidos em meio a essas dinâmicas societárias pré-capitalistas poderemos encontrar condicionantes do próprio projeto jurídico-penal típico da fase industrial da economia brasileira.

Desde já, cabe alertar que as funções desempenhadas pelo exercício das punições no período do mercantilismo são muito diferentes daquelas de momentos posteriores. Vê-se como a própria natureza das penas típicas do período (o degredo, as galés, os açoites, as mutilações e a morte) revela as congruências históricas com uma sociabilidade marcada pela “incipiência das burocracias estatais no Brasil colonial” (ZAFFARONI; BATISTA; 2011, p. 412), pelo escravismo e pela forma econômica da exploração agrícola e extrativista da terra.

As ordenações Afonsinas portuguesas, “em cuja vigência (1447-1521) se deu a descoberta do Brasil” (ibid., p. 413), demonstram como tradição e religiosidade ainda se imbricavam nas formas (quase) jurídicas - é o que se percebe da ênfase dada à criminalização da heresia e da sexualidade “segundo padrões canônicos” (idem). A influência reduzida das ordenações sobre nova colônia demonstra justamente uma realidade em que o poder monárquico português disputava autoridade com o poder canônico e com as autoridades locais da colônia, o que resulta na prática em um exercício desregulado e privado do poder punitivo, exercício muito mais adaptado à realidade de incipiente exploração e parco povoamento dos novos territórios.

Mais tarde, a Carta de Grandes Poderes que D. João III destinou a Martim Afonso de Souza em 1530 outorgando-lhe “todo poder e alçada, mero e misto império, assim no cível como no crime” (ibid., p. 414) vem se integrar a um estágio superior da ocupação da colônia

¹⁵ O autor se refere, no que diz respeito ao século XX, às seguintes obras selecionadas de Caio Prado Junior: *História Econômica do Brasil*, *A Revolução Brasileira* e *A Questão Agrária no Brasil*.

por Portugal, de modo que a nova fase de exploração colonial pode ganhar contornos mais bem definidos e potencializar-se com as resoluções da Carta, que tratou de ordenar o cotidiano social da colônia da forma mais adequada à reprodução do sistema colonial ainda em princípios de consolidar-se, ou seja, sob os termos de um rígido controle das classes subalternas (força de trabalho) pelo grupo regente (é o que se percebe do fato de que escravos, gentios e peões homens livres eram suscetíveis da pena de morte e as pessoas de mór qualidade eram poupadas dessa espécie de pena, cabendo-lhe sobretudo penas pecuniárias e o degredo). Entretanto, mesmo com a tentativa portuguesa de centralizar a administração política da colônia, o predomínio de formas de punição domésticas exercidas “desregulamentadamente por senhores contra seus escravos [...], constituirá remarcável vinheta nas práticas penais” (idem). Também as práticas punitivas contra indivíduos de nações indígenas resistentes ao empreendimento colonial obedecem aos mesmos padrões, ainda que sua situação não seja idêntica ao do escravo negro: observa-se a existência de uma divisão entre “leis sobre os índios amigos e leis contra o gentio bravo” (ibid., p.416). Para os primeiros encontra-se, por exemplo, “nas missões setentrionais do século XVII, uma atenuação dos castigos” (idem) com fundamento principalmente no viés evangelizador da religião, para os segundos, “a mais brutal escravização” (idem), como já apontava o Regimento de Tomé de Souza.

Se essas experiências anteriores revelam que as formas institucionalizadas de punição cumprem o papel de lubrificar as engrenagens sociais para o impulso definitivo da exploração colonial, é sob o regime das Ordenações Filipinas que o principal eixo criminalizante e punitivo do período colonial se fixaria, embora coexistissem, sem prejuízo, formas de punição difusas “nas mãos dos senhores locais que o escravismo necessariamente implica” (ibid., p. 417). A vigência da matéria penal promulgada com as Filipinas sobreviveria inclusive após o período do Estado nacional brasileiro, apenas prostrando-se, em termos legais, ao código penal de 1830 e às limitações da nova ordem constitucional que viria a ser inaugurada.

3.2.2. Do império à proclamação da república (1830-1890)

Desse breve percurso histórico insta ressaltar o já anotado: as formas jurídico-penais presentes na colônia eram extremamente descentralizadas e intercortadas por fatores como a religião e os regionalismos, principalmente. Isso nos leva a perceber que a violência e, de modo geral, “os usos punitivos do mercantilismo concentrado no corpo do suspeito ou condenado” (ibid., p. 411) ainda se encontram muito mais tangentes à própria reprodução material da vida na colônia no que diz respeito às punições contra negros escravizados (exercida pelos seus

proprietários diretos) e indígenas, mas também, conforme afirmado, resvalam nas formas tradicionais e religiosas. Em outras palavras, é apenas mais tarde em 1830 que o crime (e a conseqüente punição) começa a dissipar de “fato o seu caráter religioso e moral, passando a ser visto como um ente eminentemente jurídico” (MAIA; NETO, 2011, p. 189).

As razões para essa transformação não são de difícil apreensão, pois é justamente no decorrer do século XVIII que se aprofunda “o conflito entre o capitalismo mercantil [...] e o nascente capitalismo industrial”. (ZAFFARONI; BATISTA, op. cit., p. 421). Após a ascensão revolucionária da burguesia, especialmente na França, o eco do liberalismo ressoará por todo o mundo e, pouco a pouco, “o capitalismo mercantil monárquico lusitano” (idem) entrará em crise, mas não sem enfrentar politicamente as ofensivas liberais dos “proprietários rurais, que se tornam sob o império a força política e socialmente dominante” (PRADO Jr., 1973, p. 143). Essa situação culminará em amplas tentativas por parte da monarquia lusitana em centralizar a administração da nação como forma de reafirmar sua predominância enquanto classe regente, porém a própria unidade e consolidação do Estado imperial servirá a muitos propósitos dos proprietários rurais, muitas das vezes sequer se opondo aos seus interesses (basta perceber que o próprio Código de Processo Penal de 1832 permitirá a estruturação de um sistema em que a administração do poder punitivo permanecerá fortemente nas mãos das autoridades locais). Some-se aos conflitos (e acomodação de interesses) políticos entre as classes regentes o fato de que a crise financeira agravada pela queda nos preços internacionais do açúcar produziu entre as classes subalternas

insatisfações que se materializarão em inúmeras sedições: a partir de 1831 os cabanos no Paraná, a setembrada de 1832 em Pernambuco, a revolução farroupilha de 1835 no sul [...], a sabinada também na Bahia em 1837, a Balaiada no Maranhão em 1839 [...]. (ZAFFARONI; BATISTA, op.cit., p. 423).

Daí que a legislação pós-independência (1822) consagrasse princípios liberais na Constituição de 1824 (o art. 179 da mesma abarcava uma série de garantias individuais como a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade religiosa, a inviolabilidade do domicílio, o devido processo legal, entre outras) e na nova legislação penal preservasse toda a preocupação de disciplina e controle anti-rebelião sobre os escravos, em atenção às necessidades dos proprietários rurais (agora mormente engajados na produção de café, “que ultrapassa o açúcar e o algodão nas exportações e concentra geograficamente riqueza e poder político, prorrogando a demanda por mão de obra escrava” [idem]).

A contradição entre a permanência do modelo escravista e os apelos pela liberalidade dos mercados é traço marcante da via colonial de entificação do capitalismo no país. Isso se explica pelo fato de que “se nos países europeus era a feudalidade que [...] aparecia como

entreve ao capitalismo, no Brasil a integração com o capitalismo mundial se deu por meio do escravagismo, um tipo anômalo de capitalismo” (PAÇO CUNHA, 2017, p. 8). Por isso, durante o período que, para o desenvolvimento econômico europeu, “as colônias foram elementos basilares na concentração capitalista” (MAZZEO, 2015, p. 75) - com fundamento nas possibilidades de “produção ampliada de mercadorias para os centros europeus” (ibid., p. 76) através da implementação do trabalho escravo no Novo Mundo – nenhum óbice aos usos da mão de obra escravizada poderia ser socialmente suscitado. Aliás, no Brasil,

só a forma violentamente aberta e juridicamente garantida de apropriação da força de trabalho alheia, que é a escravidão, poderia prover o contingente requerido pelo setor açucareiro. [...]. A escravidão representa, face a essa exigência, a possibilidade de mobilização rápida e plástica de mão-de-obra, adequando-a às necessidades da produção em grande quantidade e em volume crescente [...]. (FRANCO, 1975, p.21-28).

Assim, não é de se espantar que o liberalismo pudesse marcar a forma política do período (sobretudo se pensamos na disputa entre a nova classe dominante dos proprietários rurais e o poder monárquico) sem prejuízo de sua coexistência com a violência transparente da escravidão.

No que diz respeito às ideias liberais, é interessante perceber que o Código Criminal do Império foi elaborado por uma geração de juristas formados na Universidade de Coimbra, onde o curso de direito recebeu forte influência do ideário iluminista, o que nos possibilita “compreender melhor a existência de ideias liberais na elite política brasileira no pós-independência.” (MAIA; NETO, op. cit., p. 191-192). Assim, sob influência das ideias da Escola Clássica do Direito Penal (na qual se insere os seguidores de Beccaria, Bentham e Howard), toda a codificação penal de 1830 foi elaborada, incorporando aqui no Brasil os contrapontos da burguesia revolucionária europeia às práticas jurídicas processuais e punitivas do Antigo Regime – o que, conforme explicado, veio a calhar para a classe agroexportadora brasileira.

Pensando no escravismo vigente no Brasil, seria quase redundante afirmar que, obviamente, esses contrapontos¹⁶ na legislação penal, bem como as garantias constitucionais supramencionadas, não têm como objeto o direito dos negros ou das outras classes subalternas, mas sim a proteção jurídica dos próprios indivíduos pertencentes à classe dos grandes

¹⁶ Dê-se como exemplo “a defesa do princípio da legalidade dos crimes e punições, ou seja, todos os crimes e suas respectivas punições devem ser predefinidos pela lei, evitando-se, desta forma, abusos nos processos e nas penas infligidas; o crime é um ente jurídico, uma quebra do “contrato social”, portanto, uma violação à tutela do Estado, e só ele, o Estado, pode punir esses desvios; o criminoso é um indivíduo portador de livre arbítrio e um ser perfectível, tendo, por isso mesmo, a pena uma função de correção do criminoso para sua reinserção no convívio social”. (MAIA; NETO, op. cit., p. 189).

proprietários de terra¹⁷. O escravismo, como se viu, ainda visceral à estrutura sócio-econômica do império, conservaria o seu reconhecimento legal, sendo que a nova codificação característica do período de consolidação do Estado nacional do Brasil apenas anunciaria um movimento de reorganização da administração das desordens sociais, buscando centralizar e burocratizá-la. Não é por acaso que

Daqueles pelourinhos rústicos – madeiros com pouco mais de dois metros – que Debret viu “fincados em todas as praças mais frequentadas” do Rio, e registrou numa gravura, a fustigação urbana se deslocaria para o interior de um estabelecimento estatal [...]. (ZAFFARONI; BATISTA, op. cit., p. 426)

Mas a proposta jurídico-penal de 1830 anunciava já (ainda que de forma um tanto descompassada) outros sinais dos novos tempos. É nesse sentido que no Brasil a pena de prisão com trabalho viria “a ser adotada com a promulgação do Código Criminal de 1830, primeiro na América Latina a prescrever o labor penal como importante mecanismo de disciplina e correção moral” (MAIA; NETO, op. cit., p. 188). Apesar da inovação, prepondera neste momento o caráter colonial das relações de produção. Assim, por exemplo, a pena de galés não é abolida formalmente da legislação (o que nos dá indícios claros da permanência dos sentidos ainda mercantis da sociedade brasileira), mas, na prática, a condenação à tal implicava na condenação do ‘criminoso ao trabalho compulsório em obras públicas’ (ibid., p. 191), o que comprova também os novos sentidos de modernização impulsionados muitas das vezes pelo próprio Estado (que começa a preludiar o seu espessamento enquanto forma política determinante para o desenvolvimento econômico nacional, esboçando as reformas estruturais necessárias à nova fase de acumulação). Tome-se como exemplo “as obras da Casa de Correção da Corte, no Rio de Janeiro, ou, no caso do Recife, do Teatro de Santa Isabel, do Hospital Pedro II e da Casa de Detenção” (idem).

É bastante intrigante e aparentemente paradoxal a subsistência do princípio da correção pelo trabalho em uma sociedade escravocrata. Mas se retomamos o fato de que a burocracia e os juristas responsáveis pela efetivação do projeto jurídico penal do império foram letrados na Europa justamente em meados do século XIX, período de copioso desenvolvimento industrial daquele continente, fica mais fácil compreender as origens do fator trabalho dentre os métodos punitivos eleitos no Brasil. Mas como as ideias não brotam espontaneamente na cabeça dos indivíduos nem aqui nem na Europa, é preciso perceber, conforme explicam Rusche e

¹⁷ Não estamos aqui a dar prioridade ontológica às ideias no que diz respeito à transformação social. É óbvio para nós que essas ideias só puderam emergir na Europa em razão das revoluções burguesas, sintomas do alvorecer do modo de produção capitalista e da derrocada dos empecilhos da feudalidade.

Kirchheimer que, desde o final do século XVI a Holanda ensinava ao resto do mundo o exemplo das *workhouses* ou casas de correção:

Foi [...] a Inglaterra que abriu o caminho, mas por várias razões o desenvolvimento máximo dessa iniciativa foi atingido na Holanda. Em fins do século XVI, a Holanda possuía o sistema capitalista mais desenvolvida da Europa, porém não dispunha da reserva de força de trabalho que existia na Inglaterra depois do fechamento dos campos. [...] condições de trabalho favoráveis [...] prevaleciam na Holanda, com uma jornada de trabalho pequena. Inovações destinadas a reduzir o custo da produção eram naturalmente bem-vindas. Todos os esforços foram feitos para aproveitar a reserva de mão-de-obra disponível, não apenas absorvê-la às atividades econômicas, mas sobretudo, para “ressocializá-la” de uma tal forma que futuramente ela entraria no mercado espontaneamente. [...] As pessoas que estivessem satisfeitas com os ganhos de uma semana de quatro dias de trabalho e que preferissem passar o resto do tempo como bem entendessem eram levadas a acreditar que o dever para com o trabalho é a essência da vida. Obviamente, muitos trabalhadores não puderam ser persuadidos a aceitar essa nova teoria voluntariamente, nem tampouco a disciplina imposta pelos catecismos foi suficiente para resolver os problemas sociais. Foram necessárias medidas mais radicais, como as casas de correção, onde os mais resistentes eram forçados a forjar seu cotidiano de acordo com as necessidades da indústria. (RUSHE; KIRSCHHEIMER, 2004, p.68-69)

O objetivo principal desses estabelecimentos penais era transformar a força de trabalho dos desajustados e ociosos (mendigos aptos, vagabundos, desempregados, prostitutas e ladrões, os que haviam cometido pequenos delitos e, posteriormente, os flagelados, marginalizados e sentenciados com penas longas), tornando-a socialmente útil. A generalização dessa tendência por toda a Europa procurava “impedir que os pobres recusassem a oferecer seu potencial de trabalho, preferindo mendigar a trabalhar por baixos salários”¹⁸ (ibid., p. 67). As casas de correção deveriam ser como “escolas de comércio e incubadoras para a indústria” (ibid., p. 81).

Entretanto, apesar das influências do modelo europeu das casas de correção, certamente não é possível transpor mecanicamente as razões de ser dessa instituição naquele continente para o Brasil. Como já expusemos, a pena de prisão com trabalho no Código Criminal do império foi característica marcante do projeto jurídico-penal do período (dentre os 366 crimes previstos no código, 119 eram apenados com essa modalidade de sanção, a maior parte dentre as penas cominadas¹⁹), tornando premente a necessidade de serem construídas casas correcionais onde esta modalidade de pena pudesse ser aplicada com eficácia e presteza (vide o art. 49 do Código) – o que impulsionou uma reforma penitenciária em todo o Império a partir da década de 1850. “Assim, em 1850, o Rio de Janeiro inaugurou sua casa de correção; São

¹⁸ “As queixas características da Baixa Idade Média quanto aos delitos contra a propriedade e outros crimes graves cometidos por criaturas desesperadas, sem meios de subsistência, dão lugar a queixas sobre o ócio de mendigos [...]. Frequentemente trabalhadores tornavam-se mendigos quando queriam férias por um período longo ou curto de tempo, ou quando recuperavam o fôlego enquanto procuravam emprego melhor ou mais agradável.” (RUSCHE; KIRSCHHEIMER, op.cit., p. 66)

¹⁹ Cf. *Código Criminal do império do Brasil* (1862). Edição anotada por Josino do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert Editores.

Paulo, em 1852; e em 1855, Pernambuco e a província de São Pedro do Rio Grande do Sul, entre outra”. (MAIA; NETO, op. cit., p.192). A questão é que a despeito dessas mudanças, as bases sociais do período no Brasil não condiziam com as bases sociais europeias que possibilitaram o surgimento da forma jurídico-penal em questão por lá.

O período compreendido entre 1830-1890 terá em sua política penal as marcas de uma época tingida pelo trauma anterior das “rebeliões causadas pelos mais diversos motivos, como movimentos da tropa insubordinada, resistência de escravos e levantes antilusitanos” (NETO, 2013, p.34) e por uma expressiva população marginal que conturbava – com as mazelas do crime e da mendicância – as zonas onde a urbanização (que fora impulsionada por fatores como o desenvolvimento da economia da mineração, as reformas de infraestrutura promovidas a partir da chegada da família real e, posteriormente, com a modernização alavancada pela economia do café), principiava por se tornar fenômeno visível, ainda que viesse a tomar proporções mais amplas somente após os idos de 1890²⁰.

É sob este contexto que deve-se procurar os fundamentos da ampliação e do “surgimento de uma série de instâncias repressivas e disciplinares, como a edição de posturas municipais, a organização dos aparatos policiais e prisionais” (idem) e o paradigma da casa de correção. Entretanto, a questão do trabalho nas casas de correção brasileiras, ainda que pudesse aqui e ali apresentar algum sentido econômico em termos de produção industrial e disciplina para o trabalho²¹ no período mencionado, permanece carente de conteúdo social capaz de lhe dar o mesmo sentido conferido pelo desenvolvimento do capitalismo europeu. Na realidade, “o

²⁰ Nesse sentido, Milton Santos (1996, p. 20-21) afirma que, “no fim do período colonial (1822), as cidades entre as quais avultaram São Luís do Maranhão, Recife, Salvador, Rio de Janeiro e São Paulo somaram perto de 5,7% da população total do País, onde viviam então 2.850.000 habitantes. (...) Em 1872, apenas três capitais brasileiras contavam com mais de 100.000 habitantes: Rio de Janeiro (274.972), Salvador (129.109) e Recife (118.671). [...] São Paulo tinha então uma população de 31.385 pessoas”. Outro autor, Zorraquino (2005, p. 29), informa que “em 1872, a população total do Brasil aproximava-se dos 10,10 milhões de habitantes. A porcentagem da população urbana variava, segundo vários autores, entre 6% e mais de 10%”, para, finalmente, em 1890, segundo Santos, “serem três as cidades com mais de 100.000 moradores: Rio de Janeiro com 522.651, Salvador com 174.412 e Recife com 111.556. Três outras cidades passavam da casa dos 50.000 (São Paulo: 64.934; Porto Alegre: 52.421; e Belém: 50.064)” (SANTOS, op.cit.), levando-se em conta que “em 1890, a população total do Brasil chegou aos 14,33 milhões de habitantes (com um incremento de perto de 42% em relação a 1872)”. (ZORRAQUINO, op. cit., p. 30)

²¹ Como exemplo, a Casa de Correção de Recife, que, entre 1860 e 1870, “tinha se tornado uma verdadeira fábrica, condição que não sustentaria por muito tempo com a concorrência dos calçados fabricados no presídio de Fernando de Noronha, diretamente gerenciado por militares, o que com certeza influenciou na preferência pelos seus produtos. Esta experiência com as oficinas na Casa de Detenção do Recife demonstrou a falta de uma política prisional que sustentasse legalmente os vários discursos de valorização do trabalho como elemento reformador do criminoso. Apesar de o trabalho ser visto como “forma de redenção” para o preso, o governo provincial debatia-se em questões que diziam respeito meramente à sua sustentabilidade financeira e complementação para o parco orçamento da Casa de Detenção”. (MAIA; NETO, op. cit. 198)

sucesso de penalidades como a prisão com trabalho e o exílio para uma ‘colônia correccional’ demandavam uma infraestrutura simplesmente inexistente.” (CHAZKEL, 2013, p.7).

A inexistência de uma efetiva infraestrutura capaz de possibilitar o exercício das punições com fundamento no trabalho do preso é verificada em todo o território nacional. O que se observa é a existência nem sempre constante de possibilidades de ofício dentro das casas de correção, onde o trabalho adquire usos muito mais voltados para realização de obras públicas (conforme já destacamos) e para a capacitação de pequenos grupos de presos para ofícios comuns de profissionais liberais. O exemplo de Pernambuco revela que, ano após ano, a incapacidade da Casa de Detenção em concretizar os objetivos que perfaziam a pena de trabalho era suscitada na administração pública, pois “os oficiais de justiça lamentavam repetidas vezes [...] e imploravam por mais dinheiro para retificar a situação” (ibid., p. 9). No Rio Grande do Sul, a experiência de Pelotas demonstra que na

falta de oficinas [*de trabalho*], talvez os presos atendessem à demanda por trabalhos em serviços e obras públicas. [...] É interessante observar que a pena com trabalhos forçados passa a ser apresentada como de utilidade para o Estado - os presos são mão de obra barata, e a própria sociedade reconhecia isto. Encontramos outras referências ao trabalho dos presos. [...] O trabalho público não tinha nada de regenerativo, apenas supria uma demanda dos serviços públicos e a carência de verbas governamentais, além de exibir pelas ruas uma certa pedagogia voltada ao controle social. (MOREIRA, AL-ALAM, 2013, p.24 – destaque nosso)

Também a Casa de Correção de Fortaleza

tem um lugar certo, onde se vão ocupar os vadios, e desordeiros, e se corrigem os bêbados, e viciosos, e o público acha ali oficiais de vários ofícios que já lhe prestam um serviço certo, e por um preço razoável na fatura de todas as obras que deles pretende. Existem na casa Tendas e oficiais de Ferreiro, Ourives, Funileiro, Tartarugueiro, Alfaiate e Sapateiro. (FILHO; MARIZ; FONTELLES NETO, 2013, P. 67)

Como já afirmamos, a disciplina que a produção econômica exigia de uma força de trabalho escravizada explorada dentro da unidade produtiva da propriedade rural se traduz com muito mais eficiência no exercício do poder punitivo local dos senhores dos escravos. Neste momento histórico, a realidade do país é eminentemente agrária e os centros urbanos que se principiam a formar, apesar de fornecerem já indicativos relevantes sobre as mazelas sociais aprofundadas com o novo ciclo produtivo, ainda não amargam com a dura realidade de um largo contingente de desempregados e marginais ao sistema produtivo conforme se verá nas décadas pós-abolição. O surgimento dessa forma de punição – a prisão de modo geral, mas necessariamente a prisão com trabalho – no Brasil não teve como sujeito o escravo. Esse mecanismo europeu de habituação e disciplinamento das massas para o trabalho industrial “foi adaptado às particularidades e demandas de uma sociedade escravista” (NETO, op. cit., p.34). Prova disso, na trilha das evidências já mencionadas, é o fato de que “não se acreditava na

correção moral do escravo pelo labor penal. Assim, outras alternativas para punir o escravo criminoso figuraram na legislação do Império” (idem). Na verdade, a prisão com trabalho no Código Criminal de 1830, não é prevista para os indivíduos escravizados, “mas sim para a pessoa livre [...] e basta examinar a documentação para se perceber que grande parte da população carcerária era composta de indivíduos livres” (idem).

No Rio de Janeiro, “mais da metade da população da Casa de Detenção, durante as últimas décadas do século XIX, era constituída por réus não escravos” (CHAZKEL, 2009, p. 6). Em 1879 apenas cerca de 28% (2.028) das 7.225 pessoas que passaram pela Casa de Detenção eram escravas, “na maioria das vezes indiciadas somente pelo crime de fuga” (idem). Em outra região do país, o Ceará, a tendência se mostra a mesma²²:

o conjunto dos réus era, em sua grande maioria, composto de trabalhadores livres [...]. Como já foi comentado, a categoria dos cativos refletia, em parte, sua pouca presença no cômputo total da população cearense e, em parte, **o fato de que eles estavam já submetidos a um regime de vigilância e punição na própria unidade de produção agrícola senhorial**. Em síntese, os dados induzem a pensar uma Justiça que existia, sobretudo, para brancos pobres, **pessoas de raízes territoriais incertas, desligadas que eram dos regimes de trabalho e obrigações do mundo escravocrata**. (FILHO; MARIZ; FONTELLES NETO, op.cit., p. 67 – destaque nosso)

Sem dúvida, conforme já tratamos, ainda no império, problemas como a desordem social e a miséria já começavam a marcar os incipientes centros urbanos brasileiros, fornecendo material humano para a lotação do novo sistema carcerário consolidado com as reformas de 1830. Mas a parcela mais importante da força de trabalho explorada na economia escravista permanecia disciplinada dentro da própria unidade produtiva agrícola. O momento em que o trabalho carcerário é institucionalizado como punição no Brasil não é acompanhado de uma escalada industrial, pois esta só sobrevirá *hipertardiamente*.

Entender esse aspecto é fundamental para que possamos caracterizar corretamente função do Direito Penal na industrialização tardia do capitalismo atrofico brasileiro. É que elementos de permanência e de ruptura se seguirão no modelo jurídico-penal das décadas seguintes. Não é por coincidência que o governo republicano em 1890, na figura do ministro da justiça Campos Salles, convidaria Batista Pereira - o mesmo jurista que o governo imperial convidou para a reforma do Código Criminal de 1830 - para proceder às adaptações na legislação que os novos tempos pós-abolição demandavam. Por outro lado, se o velho permanece tributário do processo modernizador, a modernidade modifica as formas com que certos problemas sociais se apresentam.

²² Os dados dão conta de que, em 1855, na Casa de Correção de Fortaleza, dentre os réus 84,10% eram trabalhadores livres e apenas 1,25% eram cativos, conforme se demonstram Filho, Mariz e Fontelles Neto (op. cit., p. 67) com base em relatórios da antiga Secretaria de Polícia da Província do Ceará.

3.2.3 A República Velha (1890-1930)

A transformação econômica que se enceta a partir do final do século XIX e atinge o seu apogeu aos finais da década de 1940 compreende justamente o período em que o salto na industrialização nacional foi capaz de reestruturar a vida social do país. Na verdade,

A passagem ao capitalismo **não** se iniciou, no Brasil, com a revolução política burguesa de 1888-1891 [que inclui aspectos jurídicos]; mas essa transformação superestrutural foi **condição necessária** para que o modo de produção capitalista se tornasse *dominante* na formação social brasileira. As relações de produção capitalistas germinaram no Brasil pós 1850: em algumas das indústrias, instaladas nesse período, já se configurava a existência da relação capital-trabalho assalariado, do processo capitalista de trabalho. Todavia, tais relações coexistiam com as relações de produção servis (colonato, moradia, quarta, etc.), que se difundiam no campo; e eram, como estas, subordinadas às relações de produção escravistas, dominantes. **A extinção legal da escravidão e a formação do direito burguês (capacidade jurídica para todos os homens, contrato de trabalho, etc.) imprimiram, entretanto, um novo ritmo – inviável sob um Estado escravista [...] – ao desenvolvimento do mercado de trabalho urbano e, conseqüentemente, à difusão do trabalho assalariado industrial. Essa transformação jurídico-política, de um lado, "libertou" uma parte dos trabalhadores do campo (escravos) e os constituiu em ofertantes de sua força de trabalho no mercado urbano; permitiu, de outro lado, a "libertação" de massas camponesas em outras formações sociais (Itália, Espanha, Portugal), e converteu grande parte delas (após breve passagem pelo campo) na componente central do mercado de trabalho urbano (SAES, 1985, p. 347-8)**

O novo ciclo econômico que se inicia no Brasil com o fim da escravidão traz consigo outros problemas sociais. Desemprego e desordem urbana ganham dimensões muito maiores e contornos diferentes daqueles pré-novecentistas. A legislação penal de 1890 passa a se ocupar detidamente da vadiagem. Em junho de 1893, o decreto nº 145, também na mesma esteira, determina que a pena de prisão correccional será cumprida em colônias fundadas pela União ou pelos Estados para a reabilitação de mendigos válidos, vagabundos ou vadios, capoeiras ou desordeiros.

É interessante o fato de que, a partir desse momento, um regime carcerário começa a se desenvolver para “acomodar a crescente preocupação com os pequenos crimes e com a resultante repressão policial de práticas antes toleradas” (CHAZKEL, op. cit., p. 7-8). Juridicamente, surge a figura das contravenções penais, infrações consideradas de menor potencial ofensivo e com penas menores do que os fatos considerados crimes. “Novas colônias penais surgem para abrigar pessoas condenadas por contravenções, especialmente a impopular Colônia Correccional de Dois Rios” (idem). Os impactos dessa nova realidade se revelam nos números da Casa de Detenção do Rio de Janeiro, cujos registros de entrada, na década de 1890, demonstram que instituição alojou “mais indivíduos condenados por contravenções do que por qualquer infração mais séria. Em 1890, 60% das pessoas trazidas para a Detenção foram detidas por embriaguez, vadiagem e comportamento desordeiro” (idem).

A legislação penal de 1890 estrutura de modo mais amplo e sistemático as condutas criminalizadas e a forma de combater e puni-las. Mas a realidade da escassez de estabelecimentos para o cumprimento das penas permanece a despeito das mudanças. Ainda que a maioria dos crimes previsse a prisão celular como pena (modalidade que envolvia trabalhos dentro do presídio) “não existiam estabelecimentos desse tipo para o cumprimento” (DI SANTIS; ENGBRUCH, 2016, s/p). Se tomamos como exemplo o ano de 1906 no estado de São Paulo, podemos observar que “foram condenados 976 presos no estado de São Paulo à prisão celular, mas existiam apenas 160 vagas, portanto 816 presos (90,3%) cumpriam pena em condições diversas àquela prevista no Código Penal vigente” (idem).

O período que se inaugura com república observa também, em seu projeto jurídico-penal, a presença de outra questão: a repressão aos opositores e agitadores, especialmente, os movimentos de trabalhadores e os grupos anarquistas e comunistas – tendência que seguirá como marca decisiva da legislação penal da primeira metade do século XX. Basta observar atentamente o Título I do livro que trata dos crimes em espécie no Código Penal de 1890, cujo nome sugestivo é “Dos crimes contra a existência política da república”, para perceber a preocupação aguda do Estado brasileiro em deter qualquer sorte de oposição política. A densidade de uma pequena amostra do número de presos na Colônia Penal de Clevelândia (Oiapoque - Amapá), que iam desde anarco-sindicalistas aos tenentistas e comunistas, não nos deixa mentir: “dos 946 presos lá internados entre 1924 e 1927, 491 morreram, ou seja, mais da metade” (SALVEMINI, 2003, p. 112).

De modo geral, o período que se estende de 1890 a 1937 é marcado por uma série de rígidas intervenções do Estado na organização da vida cotidiana do país. As reformas higienistas realizadas no antigo centro do Rio de Janeiro e a criminologia de matriz lombrosiana de Nina Rodrigues são grandes exemplos de como a modificação das bases econômicas na transição do capitalismo de matriz agroexportadora para o capitalismo industrial se adaptou para forjar um novo tipo de indivíduos, habituados a uma nova sociabilidade, marcada pela voracidade da exploração do trabalho industrial. Mas os detalhes desse momento histórico, sobretudo quando contrastados com o período após 1937, serão objeto de análise mais detida à frente.

3.2.4. A Era Vargas (1930-1945)

O direito, pelas bocas ou pelas penas (CHASIN, 1978, p. 66) dos juristas revela o seu modo de ser e ir sendo, ainda que os nexos efetivos de sua atuação na realidade não se possam atestar somente pela análise crua da doutrina, jurisprudência e leis. Nesse sentido, certamente

Nelson Hungria, caricatamente alcunhado de “príncipe dos penalistas brasileiros”, cumpre papel fundamental não só enquanto jurista, mas também legislador, posto que participou ativamente de diversas comissões redatoras de codificações penais desde os anos 40.

Bem sabia Hungria que a “primeira marca do Estado Novo na legislação penal foi a sua nova diretriz na repressão da criminalidade política”. (HUNGRIA, 1941-A, p. 13-14). Um movimento sindical fortalecido e cada vez mais influenciado por direções de partidos abertamente comunistas era talvez a principal preocupação do novo governo com relação às possíveis ameaças de instabilidade política. Nas palavras do penalista,

na atual fase de não conformismo ou de espírito de rebeldia contra as instituições políticas ou sociais, a defesa destas, sob o ponto de vista jurídico-penal, reclama uma legislação especialíssima, de feitio drástico, desafeiçoada aos critérios tradicionais do direito repressivo. (HUNGRIA, 1941-B, p. 109)

O pensamento do autor exprime bem a bandeira geral, no terreno da política, defendida sob a insígnia do Estado Novo: nem curvar-se ao liberalismo extremado dos mercados desregulados e muito menos permitir qualquer avanço dos movimentos anti-capitalistas. É que, como diz Hungria,

Com o Estado Novo, já não é isso compreensível. Não é admissível, de modo algum, seja qual for a razão, política ou econômico-social, que o indivíduo se ponha em atitude negativa contra o Estado. Se o conflito se verifica e a atividade subversiva do indivíduo se estende até o domínio do direito penal, ofendendo interesses vitais da coletividade, interesses que são os interesses políticos do Estado, o crime por ele praticado ao invés de merecer benevolência, deve ser reprimido com máxima severidade, com maior severidade do que a empregada contra os crimes lesivos dos interesses simplesmente individuais. (HUNGRIA, 1941-A, p. 14)

As observações deste que foi o homem de confiança do Ministro da Justiça de Getúlio Vargas para a elaboração da nova codificação penal nos informam, de forma muito lúcida, sobre a experiência *bonapartista* que marca o período. Aqui se vê bem justificada a Lei de Segurança Nacional de 1935 que, embora não tenha Hungria participado de sua elaboração, acabou por tornar-se, para ele, objeto de elogio. Assim, assevera:

Caiu, assim, a barreira que a tradição liberal criara entre a criminalidade política e a criminalidade comum. Era preciso abolir a superstição liberal de que a revolução é um direito implícito do indivíduo, e o Estado Novo não recuou sequer diante da *extrema ratio*: a decretação da pena de morte contra os rebeldes de armas na mão. Revogaram-se as prerrogativas do delinquente político: já não se reservam para este sanções privilegiadas; extinguiu-se a custódia honesta; instituiu-se um tribunal especial, com regras de processo derogativas da justiça normal de modo a assegurar a punição pronta, rigorosa e inexorável dos delitos políticos. (idem).

Se consultamos a historiografia, é possível verificar o contorno que a repressão aos crimes políticos adquiriu no período do Estado Novo, o que, para nós, coloca-se para além de meras expressões “simbólicas” de dominação ou de uma suposta dicotomia entre Estado e

indivíduo (como preferem alguns) traduzidas em categorias mistificadoras como “totalitarismo”. Na verdade, a repressão aos delitos políticos foi condição mesma de afirmação da “superioridade de armas” da burguesia nacional sobre os movimentos dos trabalhadores, estilhaçando desde muito pronto e sem maiores dificuldades qualquer burburinho de insurgência popular que ameaçasse a lógica da reprodução econômica em curso. É o que singelas estatísticas podem demonstrar:

Tecnicamente no Brasil estavam registrados como ocupantes das prisões apenas aqueles que haviam efetivamente sido condenados. O número de pessoas encarceradas, por isso, era aparentemente pequeno e, à primeira vista, não causava qualquer surpresa. O Cadastro Penitenciário Estatístico do Brasil, por exemplo, informa que em 1934 estavam cumprindo pena em todo o país 6.123, dos 46.228.607 habitantes, o que correspondia a 0,000103 por cento da população [...] Os números sobre os reclusos que o Conselho Penitenciário apresentava através da Inspetoria Geral eram alheios à realidade criminal do país. A Polícia possuía o poder de promover o encarceramento de pessoas sem condenação formal da Justiça. Expediente que cada vez mais estava sendo usado pelas autoridades policiais. Em 1938, só na cidade de São Paulo, foram vítimas de detenções policiais e correccionais 46.336 pessoas, em 1939, 48.742; em 1940 48.361, em 1941; 45.786; e em 1942, 47.789 indivíduos foram presos pela polícia. Estes números representam mais do que sete vezes a soma dos condenados em todo o país no ano de 1934. (CANCELLI, 1991).

Mas se a repressão aos delitos políticos é certamente um aspecto fundamental para a compreensão do projeto jurídico-penal típico da fase superior de objetivação do capitalismo hipertardio nacional, há que se frisar que não é o único. Como se observa, nos próprios termos de Hungria,

O direito penal no Estado Novo não propugna somente o princípio da autoridade, o reforço do poder estatal, mas também a afirmação do instinto coletivo, a subordinação racional do indivíduo ao interesse geral. Haja vista a lei de repressão dos crimes contra a economia popular, que veio eliminar a liberdade do aproveitamento egoístico e abolir a lei da jungle do terreno econômico. O Estado Novo não vacilou em interferir até mesmo na esfera dos contratos privados, para coibir o exercício abusivo de direitos e a escravização dos fracos pelos fortes.[...] Batendo no mesmo rumo de anteposição do bem geral a o interesse individual, o projeto assume a proteção do trabalho, incriminando a greve, o *lock out*, a boicotagem, a sabotagem, etc. Não o inspira, neste particular, o pensamento de proteção a um direito de liberdade, como acontece com a lei vigente, mas o objetivo de tutela do interesse coletivo sob o ponto de vista econômico. (HUNGRIA, op. cit., p. 14)

Se examinamos a Lei de Crimes Contra a Economia Popular e os tipos penais descritos no Código Penal no Título III – Dos crimes contra a propriedade imaterial (que abrange o capítulo II - Crimes contra o privilégio de invenção, capítulo III - Crimes contra as marcas de indústria e comércio e capítulo IV - Crimes de concorrência desleal) e Título IV - Crimes contra a organização do trabalho, conseguimos perceber o sentido cristalino de uma legislação voltada para a regulação do mercado, não só homogeneizando patamares de concorrência entre

industriais e comerciantes, mas também coibindo a amplitude de movimentos de trabalhadores que interferissem na produção.

Além destes dois aspectos determinantes ao progresso do projeto econômico nacional materializados no pensamento de Hungria (repressão aos delitos políticos e os crimes de caráter econômico), pudemos ainda identificar outras duas questões sintomáticas dos imperativos da objetivação do capitalismo hipertardio na construção do novo projeto jurídico-penal brasileiro nas décadas de 1930 e 1940: a permanência da importância conferida ao trabalho na sistemática punitiva e a mudança de postura no tratamento das parcelas marginais. Todos esses elementos revelam a(s) função(ões) exercida(s) pelo direito, através da punição, enquanto forma ideológica.

CAPÍTULO 4

A funcionalidade do projeto jurídico-penal típico de objetivação do capitalismo de via colonial

Até aqui, temos nos referido genericamente aos seguintes fatores: repressão, disciplina, administração política da pobreza e preço da força de trabalho. Estes elementos são, no limite, as categorias mais centrais para a explicitação da função exercida pelo direito penal no momento de objetivação do capitalismo nacional (objetivação que tem como preâmbulo a última década do século XIX e como ápice as décadas de 1930 e 1940). Obviamente, nenhuma das funções do cárcere se procedem isoladamente na realidade, mas apenas as tomamos de forma isolada como forma de exposição didática. Repressão aos movimentos de trabalhadores, habituação para o trabalho assalariado, administração da pobreza e mecanismo concorrente à superexploração, todas essas tendências se articulam de forma complexa na realidade, aparecendo como preponderantes em certos momentos, refluindo em outros, com desenvolvimentos contraditórios em certas regiões do país, tudo a depender da contingência do momento histórico e social. É preciso então analisa-las uma a uma²³.

4. 1. A função disciplinadora

De 1890 a 1930 o Estado brasileiro é dirigido pela fração agroexportadora da burguesia nacional. O momento de transição da forma política do império para a forma política da república é marcado por uma série de convulsões internas. A própria transformação econômica

²³ Por falta de linhas e por acreditarmos ser além de bem evidente, ponto pouco polêmico no debate histórico no que diz respeito à função abertamente repressora cumprida pelo direito penal contra os opositores políticos da classe dominante durante o período, contentaremos-nos neste momento apenas com a afirmação categórica de que a pressão exercida pelos movimentos operários na primeira república foi fator determinante para o arrefecimento da repressão política. Sindicalistas, anarquistas e comunistas foram perseguidos, presos, torturados e mortos aos milhares e alguma estatística já deixamos anotada a respeito disso. Faz parte do bonapartismo característico da forma política na via colonial, que o alterna com a autocracia burguesa durante vários momentos, o combate incessante contra a organização das classes dominadas como forma de assegurar, através do Estado, a segurança da propriedade privada para o desenvolvimento das relações de produção capitalistas. Por isso, colônias penais localizadas em territórios hostis e longínquos do país serviram de palco para a expiação de agitadores de toda espécie, sendo-lhes imputado trabalhos com caráter meramente punitivo e torturante. Além disso, é importante mencionar nesse sentido, em matéria penal, o cuidado da legislação voltada para os estrangeiros identificados como precursores do anarco-sindicalismo no país, o que a existência da deportação enquanto punição poderia exemplificar. Sobre este importante aspecto da história nacional conferir ALVES, Paulo. *A verdade sobre a repressão*. Tese de Doutorado em História, FFLCH/USP, 1989; DIAS, Everardo. *História das lutas sociais no Brasil*. São Paulo: Ed. Alfa-Ômega, 1977; DULLES, John Foster. *O Comunismo no Brasil (1930-1945)*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1985; ROSE, R. S. *Uma das coisas esquecidas: Getúlio Vargas e o controle social no Brasil. 1930-1945*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001 e CANCELLI, Elizabeth. *O mundo da violência. A polícia da Era Vargas*. Brasília: Ed. Da UnB, 1993.

em curso coloca na ordem do dia problemas sociais decorrentes de uma crescente população urbana miserável, seja a miséria do desemprego ou a miséria do trabalho degradante nas fábricas.

Neste período, as condições de trabalho na indústria são pavorosas e o cotidiano particular de um modo de produção fundado na indústria ainda não foi socialmente fixado. Ao nosso ver, é possível compreender melhor esse período à luz da experiência inglesa. O que Marx chamou de *legislação sanguinária* n'O Capital se ocupou justamente de violentar, através do Direito, as massas que constituíam o nascente proletariado, destituídos das antigas relações de produção feudais. Assim, no momento em que, na Inglaterra, por exemplo,

Expulsos pela dissolução dos séquitos feudais e pela expropriação violenta e intermitente de suas terras, esse proletariado inteiramente livre não podia ser absorvido pela manufatura emergente com a mesma rapidez com que fora trazido ao mundo. Por outro lado, os que foram repentinamente arrancados de seu modo de vida costumeiro tampouco conseguiam se ajustar à disciplina da nova situação. Converteram-se massivamente em mendigos, assaltantes, vagabundos, em parte por predisposição, mas na maioria dos casos por força das circunstâncias. Isso explica o surgimento, em toda a Europa ocidental, no final do século XV e ao longo do século XVI, de uma legislação sanguinária contra a vagabundagem. (MARX, 2013, p. 280)

Já no Brasil, hipetardiamente e sob as bases sociais da herança do escravismo colonial, a disciplina coercitiva do Direito nessa fase de desenvolvimento do capitalismo se ocupa de forjar o indivíduo moderno. Aqui, o Direito Penal é importante esteio econômico não em termos de produtividade com o trabalho (de fato pouco expressivo) dentro do cárcere. Mas, mesmo assim, “a programação criminalizante da primeira República espelha [...] as contradições de um sistema penal que participava decisivamente da implantação da ordem burguesa”. (BATISTA; ZAFFARONI, op. cit., p. 456). Para o funcionamento dessa nova ordem, é necessário obrigar os trabalhadores livres a venderem-se voluntariamente e nesse sentido opera o Direito na sua função ideológica de dirimir os conflitos surgidos na ordem social, colocando-se, como violência extraeconômica direta sobre o proletariado recém nascido no Brasil. O melhor exemplo disso é a modalidade das contravenções penais, conceito jurídico criado para a repressão de práticas comuns às parcelas marginais no processo de constituição do proletariado moderno, principalmente manifestas na preocupação da legislação de 1890 com a vadiagem e com comportamentos inúteis á rotina do trabalho assalariado, como a embriaguez. Até mesmo a existência de institutos correcionais para crianças não infratoras de 09 a 14 anos que tão somente encontravam-se em situação de abandono denuncia a função disciplinadora que o Direito Penal pôde cumprir na forja de novas individualidades.

A partir da década de 1930 se delineia uma nova forma política na qual, por meio do Estado, o patronato de forma “passivo-agressiva”, ataca as organizações de trabalhadores com

o intuito de desarticular as lutas por transformações sociais no terreno da economia, mas dá à classe trabalhadora assistência social em forma de direitos. No Direito Penal, a dureza da *legislação sanguinária* “à brasileira” pode se afrouxar após quase 40 anos de mãos de ferro. Batista e Zaffaroni afirmam mesmo que

Não há comparação possível entre o regime legal da primeira República e o da lei de contravenções penais de 1941, mesmo considerando-as medidas de segurança, essa cruel e festejada novidade que os tribunais, no tema específico da vadiagem e da mendicância, reduziram drasticamente. A criminalização da vadiagem é quase um dado estrutural do capitalismo industrial, e por tanto, não poderia estar ausente da conjuntura em exame; contudo, a disciplina legal da República agroexportadora a respeito foi inquestionavelmente mais severa. (ibid, p. 463)

Exemplo maior disso são os decretos nº 19.445 de 1930 e nº 21.946 de 1932, por meio dos quais Getúlio Vargas indultou todos os condenados e acusados por vadiagem e capoeiragem. Frise-se: se a as camadas mais empobrecidas à margem do mercado de trabalho não são mais motivo de extenuante preocupação de política criminal, isso não quer dizer que o governo de Getúlio Vargas poupou esforços na repressão de outros setores. Na verdade a repressão contra militantes de grupos políticos e sindicais foi uma das principais marcas do direito penal do período. O progressivo abrandamento no tratamento violento da pobreza não é sinônimo de benevolência, mas sim parte de outra alternativa ideológica para resolver o conflito social posto: a administração política da pobreza, o que abordaremos melhor à frente.

Retomando a questão do labor penal, a despeito de que subsista no ideário dos juristas de 1940 a questão do trabalho, ela permanece apenas como espantinho, posto que a não efetivação de um sistema carcerário voltado para a massificação do trabalho industrial continua contradizendo a vontade dos legisladores. A realidade é que, em termos de reprodução material da vida, a própria compulsão econômica torna-se por si só capaz de empurrar os indivíduos para o trabalho assalariado, conforme se verá. Por isso,

O próprio Nelson Hungria se insurge, pois

[...] as medidas de segurança referidas no artigo 88, § 1º, III do Código Penal, tem finalidade exclusivamente “reeducativa”. Também aqui a reeducação tem como base central o trabalho individualizado, a que se aliam, naturalmente, outros métodos “ortopsíquicos” ou de pedagogia corretiva [...]. Já não se trata de lidar com anormais orgânicos ou constitucionais, mas com indivíduos que, em geral, insuficientemente dotados de resistência volitiva e sob a desnorteante influência de circunstâncias diversas, notadamente o meio inferior em que cresceram ou vivem, o adquirido hábito de aversão ao trabalho regular e a carência de orientação educativa [...]. (HUNGRIA, 1951, p. 28).

Consultando-se a letra fria do próprio Código Penal de 1940 é possível obter um demonstrativo desses elementos se percebemos que, a medida de segurança detentiva –

modalidade que consiste na internação em colônia agrícola, instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional – direcionava-se sobretudo aos criminosos claramente identificáveis àqueles das parcelas marginais (ociosos, vadios e prostitutas). Hungria assevera ainda que os “institutos de trabalho, reeducação ou ensino profissional deverão aproximar-se tanto quanto possível, dos estabelecimentos congêneres para operários ou aprendizes livres” (HUNGRIA, 1944, p. 18).

Os dados da realidade, porém, na contramão dos próprios objetivos manifestos na legislação, dão conta de que

os dispositivos dos Códigos Penal e Processual Penal, no que respeita à instituição e execução das medidas de segurança detentivas, ainda não passaram de pano de boca. À parte dos superlotados manicômios judiciários, na sua maioria já instalados ao tempo da legislação anterior, inexistia qualquer dos estabelecimentos reclamados pelo novo sistema de prevenção contra delinquência. A “colônia agrícola” e o “instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional” estão sendo irrisoriamente substituídos por uma problemática “liberdade vigiada”, que nem sequer foi ainda devidamente regulamentada. (ibid., p. 17).

Por mais que essa constatação de Hungria pudesse dar indícios da predominância da finalidade disciplinadora no projeto jurídico-penal de 1940 em virtude da centralidade do fator trabalho também no instituto da liberdade vigiada (já que segundo o art. 767 do Código de Processo Penal de 1941, para ser beneficiário da liberdade vigiada, era condição obrigatória que o condenado devesse tomar ocupação, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho), o que é mais relevante na afirmação do autor, em verdade, é o fato de que execução das penas voltadas para o disciplinamento e a própria construção das unidades onde se cumpririam essas penas nunca se efetivou satisfatoriamente, nem mesmo no momento de objetivação do capitalismo nacional.

Para entender as razões dessa mudança no tratamento do Direito Penal com relação a esse aspecto disciplinador do modo de vida, é necessário perceber que, com o desenvolvimento das relações de produção no capitalismo, “educação, tradição e hábito” (MARX, 2013, p. 283) passam a atuar sobre os trabalhadores de modo que, com o passar do tempo, eles mesmos reconhecem as “exigências desse modo de produção como ‘leis naturais’” (ibid., 284). A violência extraeconômica (do Direito Penal, por exemplo) permanece sendo empregada no cotidiano da dominação de uma classe pela outra no capitalismo, mas ela perde a sua intensidade, pois “a coerção muda exercida pelas relações econômicas sela o domínio do capitalista sobre o trabalhador” (ibid. 283).

Essa explicação nos permite perceber porque o labor carcerário não se efetiva como forma de potencializar ao máximo a extração de mais-valor relativo ²⁴ através do disciplinamento dos contingentes excedentes de força de trabalho no Brasil mesmo no período de objetivação do capitalismo, em que a vida industrial do país torna-se pulsante. Um paralelo entre dois momentos históricos pode nos ajudar a compreender a questão: se nos tempos da escravidão a importância de um sistema punitivo e disciplinador da força de trabalho centralizado na figura do Estado era secundária em razão de que a disciplina se aplicava pelo exercício punitivo dos próprios senhores de escravos dentro da unidade agrícola (o tronco e a chibata), já nos tempos do trabalho assalariado industrial, um sistema punitivo cujo escopo fosse o adestramento das massas para o trabalho fabril também seria igualmente secundário, visto que a existência de um grande exército industrial de reserva (oriundo da abolição da escravidão) em condições de reprodução miseráveis (decorrentes dos baixos patamares de remuneração repostos pela superexploração, como se verá) é em si mesma mecanismo de controle da força de trabalho, pois, no limite, a particularidade da indústria nacional implica uma atrofia incapaz de absorver o gigantesco contingente de mão de obra disponível. A compulsão econômica prescinde da violência punitiva do Estado no que diz respeito ao labor penal como forma de impulsionar a extração de mais-valor e assim, aqui, diferente das casas de correção holandesa no século XVI e das pretensões de Nelson Hungria, o cárcere não se consolida como unidade fabril relevante²⁵ em termos de produtividade ou de capacitação para o trabalho industrial.

²⁴ O mais-valor relativo depende do mais-trabalho. “Para prolongar o mais-trabalho, o trabalho necessário é reduzido por meio de métodos que permitem produzir em menos tempo o equivalente do salário” (MARX, 2010, p. 707). Em outras palavras, é preciso que o trabalhador produza mais sem que a jornada de trabalho se prolongue. No período enfrentado, certamente, o limite de 8h estabelecido pela CLT pode parecer contrariar nosso argumento, mas é justamente o fato de que o capitalismo atrofico brasileiro não cria demanda suficiente de força de trabalho que explica as prisões brasileiras nunca terem se tornado centros voltados para o trabalho industrial, em que o trabalhador fosse adestrado ao máximo para o trabalho nas fábricas. A materialidade da produção industrial não demandou indivíduos capazes de exercer em intensidade elevada o trabalho necessário. Outras condicionantes econômicas que constituem a superexploração (como o arrocho salarial), possibilitavam a extração de mais-valor sem que necessariamente outras instituições (como o cárcere) precisassem tomar parte no processo de exploração da força de trabalho, pelo menos não de forma tão contundente quanto narram Rusche e Kirschheimer no caso Holandês e Inglês nos períodos de acumulação primitiva. Uma vez que “a produção do mais-valor relativo revoluciona inteiramente os processos técnicos do trabalho e os agrupamentos sociais” (idem), não é difícil perceber como a questão do trabalho carcerário se desenvolve de forma bastante diversa em países onde a produção industrial integra uma economia independente e desenvolvida, como no caso dos EUA (cf. PETCHESKY, *Rosalinda P.* At Hard Labor: Penal Confinement and Production in Nineteenth Century America. In: GREENBERG, David. F. Crime and Capitalism – readings in marxista criminology. Philadelphia: Temple University Press. 1993). Isso não quer dizer que a intensificação do trabalho não foi no período uma variável empregada para aumentar o mais-valor relativo, mas tão somente que a forma como esse aumento pode se dar no Brasil não demandou que instituições como o cárcere tomassem parte nesse processo de disciplinamento contundente da mão de obra.

²⁵ As experiências do Carandiru e da Casa de Detenção do Rio de Janeiro no período entre 1920-1940 e 1900-1920, respectivamente, são marcantes pois, apesar de apresentarem elementos que excetuem a generalidade das

Quanto a persistência do tema do trabalho no ideário dos juristas e da existência de fato de algumas oficinas de formação profissional dentro das instituições, Rusche e Kirschheimer apontam para uma tendência mais ou menos genérica de que o trabalho carcerário permaneça um “problema central, a despeito do fato de haver perdido seu significado econômico nos países de capitalismo industrial altamente desenvolvido” (Rusche e Kirschheimer, *op. cit.*, p. 209). No Brasil, a cronologia do cárcere e do Direito se expressa em termos similares: surgem os preceitos do trabalho carcerário na legislação de 1830 sem que a materialidade das relações sociais comporte a sorte deste tipo de projeto jurídico-penal; a partir de 1890 a punição se alça de fato ao status de mecanismo necessário de adestramento para a nova rotina do trabalho assalariado (trabalhando muito mais na forja das individualidades do que na produtividade da força de trabalho) que se choca com as contradições da recém abolida escravidão e, finalmente, aos fins de 1930, ainda que persista a noção de trabalho ressocializador no ideário e na legislação, a objetividade de uma nova fase de alta industrialização na economia nacional e de um grande contingente populacional excedente vai aos poucos afrouxando o rigor punitivo contra a “vadiagem”, pois a compulsão econômica torna-se ela mesma a polícia, o juiz e o carcereiro.

4.2. A função de manutenção de baixos patamares remuneratórios

Na fase da acumulação primitiva na Europa, “as casas de correção eram centros de produção e a necessidade de promover a força de trabalho foi estendida também às prisões”

prisões no país, revelam, no âmbito do Direito e do Estado, uma íntima relação com os anseios de uma fração burguesa progressista, que acredita e utiliza o cárcere como laboratório de expectativas que nunca se concretizaram, como engenhosos centros industriais que não só preparam para o labor assalariado nas fábricas, mas produz mercadorias úteis e comercializáveis. Assim em São Paulo, a “Penitenciária do Estado (conhecida pelo nome do bairro onde se localizava: Carandiru) em sua origem era considerada uma prisão modelo para toda a nação por “servir de modelo de disciplinamento do preso como trabalhador, ajustando-se assim ao momento de avanço da industrialização e urbanização pelo qual passava o Brasil e, em particular, a cidade de São Paulo [...]. A organização laboral foi um dos carros-chefes do novo estabelecimento. Nada melhor aos olhos da sociedade (a elite paulista, em especial) do que um preso trabalhando, produzindo, estando fora do estado ocioso para pensar no cometimento de novos crimes ou algo do gênero. Esta organização se deu em escala industrial, com uma grande produção de bens. Além de auxiliar a economia paulista, tinha-se a ideia de auto sustentabilidade econômica (instituições dessa natureza custam muito ao erário público) da Penitenciária e, de forma subsidiária, ao próprio Estado, fornecendo riquezas e produtos aos órgãos públicos.” (DI SANTIS, ENGBRUCH, *op. cit.*, s/p). E também no Rio de Janeiro, as “oficinas da Casa de Detenção se encontravam bem estabelecidas na década de 1910, com mais instrumentos e trabalhadores assalariados supervisionando o trabalho dos detentos. Entre os prisioneiros, tanto homens quanto mulheres trabalhavam. Sob a supervisão “de uma senhora contratada com este propósito”, as oitenta mulheres então detidas na Casa de Detenção lavavam roupas, costuravam, cozinhavam e limpavam não apenas os espaços em que viviam, mas também outras instituições penais e escritórios da administração. O trabalho dos detentos gerava a maior parte dos materiais de que a instituição necessitava. As oficinas incluíam uma carpintaria e uma loja de couros – que fornecia pequenas bolsas em grande quantidade para o Departamento do Correio Geral, coldres nos quais os policiais guardavam seus revólveres, o equipamento usado para animais e ainda no transporte de prisioneiros.” (CHAZKEL, *op. cit.*, p. 10)

(RURSCHE, KIRSCHHEIMER, op. cit., p. 153), mas com o desenvolvimento industrial do século XIX, as necessidades tornaram-se outras. A partir daí, adverte Marx, para a economia política burguesa, “o vilão, o arruaceiro, o mendigo, o esfomeado e o criminoso ocupado em trabalho forçado” (MARX apud RUSCHE; KIRSCHHEIMMER, op. cit., p. 152) tornam-se tipos que não existem para ela, “existindo apenas para os olhos do médico, do juiz, do coveiro e do comissário da prisão – como fantasma fora de seu reino” (idem).

O que está por trás do que Marx diz é justamente o fato de que a partir desse momento histórico na Europa, quando a organização do processo capitalista de produção desenvolvido se torna capaz de quebrar toda a resistência à ela, verifica-se naquele continente “a constante geração de uma superpopulação relativa” (MARX, 2013, p. 983), capaz de manter sem muitas dificuldades, por si só, “a lei da oferta e da demanda de trabalho, e, portanto, o salário, nos trilhos convenientes às necessidades de valorização do capital” (idem). É justamente esse o momento em que a “ideal workhouse” passa a ser definida como “house of terror” (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 66).

A lição do caso Europeu para entendermos sem analogias distorcidas o caso brasileiro, nos permite perceber que, nos momentos de consolidação do modo de produção capitalista a “burguesia emergente requer e usa a força do Estado para “regular” o salário, isto é, para comprimi-lo dentro dos limites favoráveis à produção de mais-valor” (ibid., p. 284). Se na Europa a incorporação do trabalhador à força no ritmo do mercado de trabalho pelas mãos do Estado (através da punição) se prostra no momento em que a economia industrial não mais precisa desse “pequeno favor” - abandonado assim as parcelas marginais da classe trabalhadora à sua própria sorte - aqui no Brasil, esse movimento se observará com alguma similaridade no momento de entificação do capitalismo, de modo que, principalmente a partir de 1930, verificar-se-á a custódia institucional dos mazeados como forma política de administração da pobreza, conforme se verá no tópico seguinte.

Essas breves considerações são importantes, sobretudo se levamos em conta que, na Europa, no domínio do capitalismo industrial,

o limite mais alto para as despesas com prisioneiros era [...] determinado pela necessidade de manter seu padrão de vida abaixo do padrão das classes subalternas da população livre. [...] Os salários na primeira metade do século XIX eram frequentemente menores do que o mínimo necessário para reproduzir a força de trabalho dos operários. Em outras palavras, o limite mais baixo prescrito pelos regulamentos das prisões não era sempre estabelecido pelo dos homens livres. Isto significa que as condições miseráveis da classe trabalhadora reduziam o padrão de vida na prisão para bem abaixo do que era oficialmente reconhecido como nível mínimo. (RURSCHE, KIRSCHHEIMER, op. cit., p. 153)

É possível dizer que no Brasil isso também se torna realidade. Mas os motivos aqui são um tanto diferentes, “visto que nas economias subdesenvolvidas, os ganhos de produtividade foram obtidos principalmente através do aumento nas taxas de desemprego, da jornada de trabalho e da precarização dos trabalhadores” (NAKATANI, 2002, p.4). A relevância disso está em compreender que a manutenção de uma taxa de desemprego relativamente alta importa o baixo valor dos salários e, por consequência, a redução dos custos de produção, de modo que somente assim se sustenta a indústria nacional e por consequência o papel do Brasil na economia global. A impossibilidade de inserção dessa massa desempregada no sistema de trabalho assalariado regular é uma tendência mesmo da própria peculiaridade do capitalismo atrófico e do subdesenvolvimento dependente brasileiro no período.

Os dados da cidade de São Paulo são emblemáticos e nos ajudam a entender um pouco da situação geral do Brasil. A população total do município girava em torno de 400.000 pessoas²⁶ quando em 1914 o total de desempregados oscilava entre 10 e 25 mil pessoas²⁷, ou seja, cerca de 2,5% a 6,25% da população total. Em 1925, com uma população que ultrapassava as 579.000 pessoas²⁸, o total de desempregados chega a 105.000 pessoas, isto é, cerca de 18% da população total e 43,9% da população economicamente ativa (BARBOSA, 2008, p. 100).

É que o excedente populacional produzido pelo fim da escravidão formal (e ampliado com os fluxos imigratórios da primeira metade do século XX) não foi absorvido pela indústria brasileira e por seus ramos conexos, principalmente porque a industrialização brasileira nunca comportou um projeto de abrangência suficiente para a incorporação satisfatória dessa parcela da população. Mais do que isso, a própria lógica do processo de acumulação capitalista determina o crescimento do exército industrial de reserva, tendência particularmente notável durante o período e especialmente aprofundada pela alternativa da superexploração, conforme se verá.

De modo geral, a condição subalterna do capitalismo brasileiro sempre aviltou a economia nacional aos desígnios dos países centrais e, neste sentido, a condição de grande parte da população brasileira é marginal justamente porque o papel desse largo segmento é marginal frente ao capitalismo global, constituindo mero expediente de reserva de força de trabalho

²⁶ Dados do censo realizado em 1912 disponíveis em:

https://seculoxx.ibge.gov.br/images/seculoxx/arquivos_download/populacao/1908_12/populacao1908_12v1_026_a_027.pdf

²⁷ Em 1914, ano recessivo, o jornal *Fanfulla* descreve a situação dos “desempregados”, que, de acordo com diversas fontes da época, oscilavam de 10 a 25 mil pessoas (BARBOSA, 2008, p. 97)

²⁸ Dados do censo realizado em 1920 disponíveis em:

https://seculoxx.ibge.gov.br/images/seculoxx/arquivos_download/populacao/1936/populacao1936aeb_14.pdf

suficientemente grande para controlar o valor baixo dos salários, principal ponto de apoio da economia nacional.

É nesse panorama global de uma economia cuja configuração foi mais profundamente aviltada pela fase superior do capitalismo – o imperialismo - que é preciso entender uma particularidade determinante da sociedade brasileira no período em comento e cujo fundamento muito nos elucidará a Teoria Marxista da Dependência (doravante TMD). O par subsenvolvimento-desenvolvimento será o principal diapasão para compreendermos o lugar da do Brasil no capitalismo global bem como as implicações deste posicionamento na vida social brasileira. “É que o subdesenvolvimento foi e é gerado pelo processo histórico mesmo que gera o desenvolvimento econômico: o próprio desenvolvimento do capitalismo”. (FRANK, 1979, p. 31).

As características do processo de acumulação de capital em escala mundial, ao mesmo tempo, “produzem o desenvolvimento de determinadas economias e o subdesenvolvimento de outras” (CARCANHOLO, 2005, p.3). A TMD chama a atenção justamente para a situação de “dependência dos países periféricos, frente à acumulação de capital, centrada em determinadas regiões” (idem). Deste modo, “a condição de subdesenvolvimento estaria conectada estreitamente à expansão dos países centrais” (idem). Tal condição reverbera por todas as características estruturais de uma economia subdesenvolvida de tal forma que essa subordinação externa se prolonga “em manifestações internas nos ‘arranjos’ social, político e ideológico” (idem)

No curso do desenvolvimento histórico (e aqui de forma simplificada para entender melhor a questão) três condicionantes histórico-estruturais da dependência podem ser observadas:

- (i) o fato empírico recorrente de perda nos termos de troca, ou seja, a redução dos preços dos produtos exportados pelas economias dependentes – geralmente produtos primários e/ou com baixo valor agregado – *vis a vis* os preços dos produtos industriais e/ou com maior valor agregado importados dos países centrais, em um verdadeiro processo de transferência de valores; (ii) remessa de excedentes dos países dependentes para os avançados, sob a forma de juros, lucros, amortizações, dividendos e royalties, pela simples razão dos primeiros importarem capital dos últimos; (iii) instabilidade dos mercados financeiros internacionais, geralmente implicando em altas taxas de juros para o fornecimento de crédito aos países dependentes e colocando os países dependentes periféricos a mercê do ciclo de liquidez internacional. (ibid, p. 4)

Do mercantilismo até o início da consolidação do modo de produção capitalista, a forma de extração do excedente produzido na periferia pelos países centrais foi a própria expropriação, procedimento que marca a acumulação primitiva de capital. Com o desenvolvimento histórico, a forma de extração do excedente nas regiões periféricas passa adquirir três novas feições: os

fluxos comerciais dentro dos mecanismos de transferência de valor da expansão do capital (que conduzem, em última instância, à extração da mais-valia localmente), os investimentos estrangeiros diretos e a desregulamentação dos fluxos de capitais. “Esses elementos condicionantes da dependência provocam uma forte saída estrutural de recursos, levando a recorrentes problemas de estrangulamento externo e restrições externas ao crescimento” (ibid, p.5-6)

Deste modo, a alternativa mais viável que a acumulação de capital interna da economia dependente encontra para se reproduzir é o aumento da sua produção de excedente. Procedendo desta forma, mesmo com a apropriação de uma parcela crescente desse excedente pelas economias centrais externamente, “o restante (a partir da taxa de lucro interna) pode sustentar uma dinâmica de acumulação interna” (ibid., p. 6) favorável a burguesia nacional, mesmo que de forma restrita e dependente. Historicamente, a forma tipicamente empregada pelas economias dependentes “para elevar a produção de valor é a superexploração da força de trabalho” (idem).

A superexploração percorre duas sortes de caminhos: o aumento da proporção excedente/gastos com força de trabalho e/ou a “elevação da taxa de mais-valia, seja por arrocho salarial e/ou extensão da jornada de trabalho, em associação com aumento da intensidade do trabalho” (idem). Assim, de modo geral, pode-se dizer que as características condicionantes da dependência possibilitam uma larga transferência de valor produzido na periferia para o centro da acumulação mundial enquanto a acumulação capitalista “na periferia é garantida pela superexploração da força de trabalho” através daquelas suas possibilidades mencionadas (idem).

A fração industrial da burguesia brasileira na primeira metade do século XX recorre justamente à alternativa da superexploração para possibilitar o crescimento do capitalismo dependente dentro dos limites de sua restrição externa. Compreender a condição de superexploração permite apreender melhor as consequências sociais e econômicas da que se arrolam no cotidiano da dependência, sobretudo a “distribuição regressiva da renda e da riqueza, associada a uma marginalidade e violência crescentes” (idem).

Marini traz à luz, nessa toada, algo que merece nossa tenção:

à medida que o mercado mundial alcança formas mais desenvolvidas, o uso da violência política e militar para explorar as nações débeis se torna supérfluo, e a exploração internacional pode descansar progressivamente na reprodução de relações econômicas que perpetuam e amplificam o atraso e a debilidade dessas nações. Verifica-se aqui o mesmo fenômeno que se observa no interior das economias industriais: o uso da força para submeter a massa trabalhadora ao império do capital diminui à medida que começam a jogar mecanismos econômicos que consagram essa subordinação (Marini, 1973, s/p)

Não seria ousado dizer que, sob essa perspectiva, o cárcere opera ele mesmo como mecanismo econômico, concorrendo à superexploração na efetivação de um rebaixamento ainda maior do valor da força de trabalho, especialmente após a intervenção do projeto político do Estado novo na economia. Isso porque, fornecendo ao preso condições de subsistência a baixo do mínimo necessário para a reprodução da sua força de trabalho, a remuneração geral no mercado de trabalho pode se fixar em patamares cada vez mais perto do mínimo, pois a superpopulação relativa²⁹ exerce a “compulsão muda”, contribuindo para a compressão dos salários, já que, nesta faca de dois gumes, do outro lado do trabalho superxemplorado, o trabalhador encontra a miséria e, no limite, as possibilidades do crime para suprir suas necessidades materiais

4.3. A forma política de administração da pobreza

Como os novos imperativos da industrialização permitem que o cárcere fixe condições de vida degradantes em face da superpopulação endêmica deste momento histórico e, ao mesmo tempo, a objetivação do capitalismo começa a dispensar a violência do Direito enquanto demiurgo de uma nova sociabilidade apta ao cotidiano industrial, o cárcere e o Direito Penal como um todo começam a cumprir um papel um tanto diferente no caso brasileiro.

O direito e a política, enquanto alternativas para a resolução dos conflitos sociais emergentes, pugnam alternadamente pela “assistência e pela repressão criminalizante, tal como se deu durante a longa história da gênese do cárcere na Europa”. (MEDRADO, 2017, p. 20). Nesse sentido, uma passagem do próprio Marx pode nos elucidar:

A primeira coisa que a Inglaterra tentou, portanto, foi acabar com o pauperismo por meio da beneficência e de *medidas administrativas*. Depois, ela não encarou o avanço progressivo do pauperismo como consequência necessária da *indústria* moderna, mas como consequência do *imposto inglês para os pobres*. Ela compreendeu a penúria universal como uma mera *particularidade* da legislação inglesa. O que antes era

²⁹ Segundo Marx, o “sedimento mais baixo da superpopulação relativa habita, por fim, a esfera do pauperismo. Abstraindo dos vagabundos, delinquentes, prostitutas, em suma, do lumpemproletariado propriamente dito, essa camada social é formada por três categorias. Em primeiro lugar, os aptos ao trabalho. [...] Em segundo lugar, os órfãos e os filhos de indigentes. Estes são candidatos ao exército industrial de reserva e, em épocas de grande prosperidade, como, por exemplo, em 1860, são rápida e massivamente alistados no exército ativo de trabalhadores. Em terceiro lugar, os degradados, maltrapilhos, incapacitados para o trabalho. Trata-se especialmente de indivíduos que sucumbem por sua imobilidade, causada pela divisão do trabalho, daqueles que ultrapassam a idade normal de um trabalhador e, finalmente, das vítimas da indústria – aleijados, doentes, viúvas etc. –, cujo número aumenta com a maquinaria perigosa, a mineração, as fábricas químicas etc. O pauperismo constitui o asilo para inválidos do exército trabalhador ativo e o peso morto do exército industrial de reserva. Sua produção está incluída na produção da superpopulação relativa, sua necessidade na necessidade dela, e juntos eles formam uma condição de existência da produção capitalista e do desenvolvimento da riqueza.” (MARX, op. cit., p. 874)

derivado de uma *falha na beneficência*, passou a ser derivado de um *excesso de beneficência*. Por fim, a miséria foi vista como culpa dos miseráveis e, como tal, punida neles mesmos. O significado universal que a Inglaterra *politicizada* extraiu do pauperismo restringe-se a isto: no desdobramento do processo, apesar das medidas administrativas, o pauperismo foi tomando a forma de uma *instituição nacional*, tornando-se, em consequência, inevitavelmente em objeto de uma administração ramificada e bastante ampla, uma administração que, todavia, *não possui mais* a incumbência de sufocá-lo, mas de *disciplina-lo*, de perpetuá-lo. Essa administração desistiu de tentar estancar a fonte do pauperismo valendo-se de meios *positivos*; ela se restringe a cavar-lhe o túmulo, valendo-se da benevolência policial, toda vez que ele brota da superfície do país oficial. O Estado inglês, longe de ir além das medidas administrativas e beneficentes, retrocedeu aquém delas. Ele se restringe a administrar *aquele* pauperismo que, de tão desesperado, deixa-se apanhar e jogar na prisão (MARX, 2010, p. 34-35)

Parece-nos bem evidente que a mudança de postura na política criminal a partir de 1930 (antes mencionada por nós na redução das prisões por contravenções, por exemplo) consubstancia na realidade brasileira algo bem parecido com a experiência inglesa. E isso se torna tanto mais provável quanto nos aproximamos das inovações que o período do governo Vargas enceta. A mudança na relação com a pobreza foi tensionada, em grande parte, pela atuação dos trabalhadores mobilizados em lutas por garantias mínimas – lutas que marcam a primeira metade do século XX. Mas a resposta dada a essas pressões, em meio ao pacto entre frações burguesas e à consolidação do capitalismo no país, foi uma resposta política amplamente imbrincada também numa resposta jurídica. Se a CLT é uma alternativa para a resolução dos conflitos sociais em torno da questão do trabalho em harmonia com a característica que sustenta o direito enquanto fenômeno ideológico, a mudança de postura com relação à criminalização da pobreza segue a mesma lógica. Se a repressão dura e simples dos movimentos de trabalhadores ameaçava colocar em risco a hegemonia burguesa do controle do mercado de trabalho, gerando revoltas sucessivas entre os operários, a repressão dura e simples contra as parcelas desocupadas da classe trabalhadora também se expunha aos mesmos efeitos.

Assim como o Direito e o Estado no período não negam os conflitos sociais na questão do trabalho, reduzindo-os a mero “caso de polícia”, também não negam mais a pobreza, reconhecendo inclusive a sua origem. Nas palavras do próprio Nelson Hungria, refletindo sobre sobre *A criminalidade do homem de cor* (sic):

E vamo-lo encontrar nos albores da República completamente desajustado às novas condições de vida com que teria de se defrontar... O que não houve realmente foi a proteção social e a assistência econômica aos negros libertos. E esse foi o grande erro dos próceres do abolicionismo e dos teóricos da República. Mais de meio milhão de negros escravos foram abandonados à sua própria sorte. Que sabemos dessa grande massa que abandonou subitamente as fainas agrárias para as novas condições econômicas que surgiram nos primórdios da República? Enquanto que os imigrantes recém-vindos tinham a proteção do Estado, aqui entravam protegidos pelas leis, com seus contratos de trabalho assegurados, com todas as garantias e vantagens de ordem social e econômica, os negros eram atirados inermes, desajustados, abandonados, ou

mesmo escorraçados e vítimas da vingança inconsciente dos seus senhores de ontem, às novas condições de vida e de trabalho, às quais não se achavam adaptados... [...] Houve então uma enorme desorganização da sua personalidade. Inadaptado às novas condições sociais, deseducado, insciente das novas necessidades da civilização industrial que começava, o negro foi engrossar a cauda dos desajustados, dos “chomeurs”, dos vagabundos das estradas ou da multidão de mendigos e desocupados das cidades. Fenômeno do mais puro desajustamento da personalidade às nova condições a que não se achava adaptado... (HUNGRIA, 1951, p. 26)

Se o tema da formação racial da população brasileira e do racismo dissimulado dos ideólogos das ciências sociais do século XX merece brochura própria, é nos dada a vênica de focarmo-nos naquilo que se encontra nas entrelinhas do pensamento de Hungria, tomando seu recorte sobre a população negra, na verdade, como uma amostra geral sobre as camadas empobrecidas no Brasil, sobretudo a que se origina do contingente recém liberto das relações de escravidão. Assim, aduz o próprio penalista que “o combate à elevada delinquência dos homens de cor, é, antes de tudo, um problema econômico e de educação social” (idem) e prossegue:

A nossa atual legislação trabalhista, visando atenuar as profundas diferenças dos padrões de existência, tem redundado, não há dúvida, em benefício da situação econômica dessa infortunada gente, mas isso não basta. O que eles precisam, primordialmente, é de ser socialmente amanhados desde a infância, mediante um programa de educação ativa que os coloque em plano idêntico ou condição de igualdade com os brancos [...]. É essa a educação que poderá libertá-los efetiva e definitivamente da fatalidade do pauperismo. Ou metemos ombro a essa empresa ou teremos de assistir à progressão indefinida do número dos homens de cor que procuram suprir pelo crime ou derivar no crime indistintamente as suas vantagens sociais e econômicas. E urge que se arroste essa tarefa pois outro grave perigo já se esboça em nossos horizontes político-sociais: os homens de cor estão servindo de lenha ao fogacho da propaganda comunista [...]. (ibid. p. 28).

Tal sorte de indícios nos permite afirmar com alguma tranquilidade que, se o próprio ideólogo da legislação penal de 1940 não hesita em afirmar que o risco da permanente situação de mazela social conduz a “propaganda comunista” e que a legislação trabalhista e a educação tem o condão de tornar menos miserável a vida dessa parcela da classe trabalhadora, poucas dúvidas podem restar a respeito do papel através do qual o cárcere integrará a sistemática do projeto jurídico-penal da burguesia brasileira. Assim, como na Inglaterra observada por Marx, o Estado brasileiro também não vai além das medidas administrativas e beneficentes, restringindo-se a administrar política e jurídico-penalmente o pauperismo, diluindo assim a densidade dos conflitos sociais a favor da classe dominante.

CONCLUSÃO

O Direito na via colonial desempenha com protagonismo o papel de catalisar transformações sociais necessárias ao desenvolvimento da fase superior de objetivação do capitalismo industrial. Se isso se torna bastante evidente nos idos de 1930 e 1940 conta com “ampla participação do empresariado³⁰ na elaboração das leis trabalhistas e sociais” (PAÇO CUNHA, 2017, p. 16), também é possível perceber um prolongamento dessa lógica por outros ramos jurídicos, como o Direito Penal, ainda que este não tenha sofrido atuação direta do empresariado. O que em nada enfraquece a tese, pois as formas ideológicas não são maniqueísmo de ordem mecânica e o jurista expressa, em última instância, o próprio movimento da realidade econômica em seu modo de pensar e de intervir na realidade, ainda que a forma como ele apreenda tais fenômenos seja necessariamente distorcida.

A questão penal se não se torna central, como se poderia objetar, expressa em seu movimento fatores determinantes na construção da modernidade no Brasil. Se em 1830 o Código Criminal do Império inaugura novas formas punitivas amparadas por um discurso focado no trabalho, a realidade não concorre à efetivação dessas, pois a função disciplinadora das punições encontra-se dissolvida nas próprias unidades agrícolas de produção, nos termos da violência aparente do escravismo. Mas as mudanças econômicas em curso por todo o mundo impulsionam transformações sociais que vão culminar com a abolição da escravidão e no Brasil, em 1890, com a proclamação da República. A partir daí, com o surgimento decisivo da direção industrializante na economia brasileira, o Direito Penal passa a desempenhar um papel um tanto diferente.

A exemplo de experiências europeias, o Direito Penal se encarrega de integrar à nova rotina do trabalho industrial as individualidades ainda marcadas pelo ritmo colonial de produção. Acentua-se a preocupação da legislação com novos delitos plenamente identificáveis com as práticas do proletariado nascente, recém liberado da escravidão (como por exemplo a mendicância e a capoeira). Os conflitos entre capital e trabalho se acentuam, a luta dos sindicatos se agrava nos centros urbanos e outros movimentos de rebelião pelo interior do país tencionam fortemente a nova ordem. A solução impetrada é a repressão impiedosa, expressão clara do bonapartismo brasileiro, determinando a perseguição, a morte e a prisão de agitadores nos cantos mais hostis do país e a expulsão de imigrantes considerados “subversivos”.

³⁰ Cf. GOMES, op. cit.; WEINSTEIN, Bárbara. *(Re)Formação da classe trabalhadora no Brasil (1920-1964)*. São Paulo: Cortez, 2000.

Mas se o Direito Penal, com todas as suas agências repressoras, concorre à forja de uma nova sociabilidade durante o início do século XX, quando o próprio processo econômico se torna, ele mesmo, capaz de compelir as massas ao cumprimento voluntário da nova rotina da vida industrial, essa função perde o protagonismo. Assim, no momento de objetivação do capitalismo no país, quando a burguesia industrial toma as rédeas do jogo político, outras funções do Direito Penal tornam-se mais evidentes. É nesse sentido que o cárcere expressa também a condição de superexploração da força de trabalho no país, fixando como tendência no período os baixíssimos patamares remuneratórios e, por outro lado, também se revela como alternativa política de administração do pauperismo.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Alexandre de Freitas. *O mercado de trabalho antes de 1930 – Emprego e desemprego na cidade de São Paulo*. In: Revista Novos Estudos, CEBRAP, Ed. 80, p. 91-106 Março de 2008.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

BRASIL. *Carta de Lei de 25 de março de 1824 (Constituição Política do Império do Brasil)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm

_____. *Código Criminal de 16 de dezembro 1830*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm

_____. *Decreto nº 847 de outubro de 1890 (Código Penal)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm

_____. *Decreto Lei 2.848 de dezembro de 1940 (Código Penal) – publicação original*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>

_____. *Decreto Lei nº 3.688 de outubro de 1941 (Lei de Contravenções Penais) – publicação original*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3688-3-outubro-1941-413573-publicacaooriginal-1-pe.html>

_____. *Decreto Lei nº 5.452 de maio de 1943 (Consolidação das leis do trabalho) – publicação original*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5452-1-maio-1943-415500-publicacaooriginal-1-pe.html>

_____. *Decreto nº. 19.445 de dezembro de 1930*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19445-1-dezembro-1930-516809-publicacaooriginal-1-pe.html>

_____. *Decreto nº 21.946 de outubro de 1932*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21946-12-outubro-1932-507611-republicacao-82205-pe.html>

CANCELLI, Elizabeth. *O mundo da violência: repressão e estado policial na era Vargas (1930-1945)*. Tese de Doutorado apresentada ao programa de pós-graduação em História da Unicamp. Biblioteca Nacional da Unicamp, 1991.

CARCANHOLO, Marcelo. *Dependência e Superexploração da Força de Trabalho no Desenvolvimento Periférico*. In: *Seminário Internacional REG GEN: Alternativas Globalização*. Rio de Janeiro, UNESCO, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2005.

CHASIN, José. *A sucessão na crise e a crise na esquerda*. Revista Ensaio. São Paulo: Ensaio, n. 17/18, 1989.

_____. *O integralismo de Plínio Salgado – forma de regressividade do capitalismo hipertardio*. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas LTDA, 1978.

CHAZKEL, Amy. *Uma perigosíssima lição: a casa de detenção do Rio de Janeiro na primeira república*. In: *História das Prisões no Brasil vol. II*. Org. MAIA, Clarissa Nunes; NETO, Flávio de Sá; COSTA, Marcos; BRETAS, Marco Luiz. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2013.

DI SANTIS, Bruno Moraes; ENGBRUCH, Werner. *A Evolução Histórica do Sistema prisional: privação de liberdade, antes utilizada como custódia, se torna forma de pena*. In: Revista pré-UNIVESP. nº 61, dezembro de 2016. Disponível em: http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.Wf_N4GhSzIW

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. *O socialismo jurídico*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012.

FILHO, José Ernesto Pimentel; MARIZ, Silvana Fernandes; FONTELES NETO, Francisco Linhares. *CÁRCERES, cadeias e o nascimento da prisão no Ceará*. In: *História das Prisões no Brasil vol. II*. Org. MAIA, Clarissa Nunes; NETO, Flávio de Sá; COSTA, Marcos; BRETAS, Marco Luiz. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2013.

FORTES, Ronaldo Vielmi. *Gênese do direito na obra tardia de Gyorgy Lukács*. In: Verinotio – revista on-line de filosofia e ciências humanas. n 18, ano IX, outubro de 2014.

FRANCO, Maria Sylvia Carvalho. *Questões metodológicas em história e ciências sociais*. Campinas: Unicamp. 1975.

FRANK, A. Gunder. *O desenvolvimento do subdesenvolvimento*. In: PEREIRA, Luiz (org.). *Urbanização e subdesenvolvimento*. PEREIRA, Luiz (org.). Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

GOMES, Angela M. de C. *Burguesia e trabalho: política e legislação social no Brasil 1917-1937*. Rio de Janeiro: Campos, 1979.

HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martin Fontes, 1997.

HUNGRIA, Nelson. *A criminalidade dos homens de cor*. Revista Forense. Rio de Janeiro: março de 1951. p. 21-30.

_____. *Comentários ao Código Penal vol. III 5ª edição*. Editora Forense. Rio de Janeiro: 1977.

_____. *O Direito Penal no Estado Novo*. Revista Forense. Rio de Janeiro: fevereiro de 1941-A, p. 11-18.

_____. *O Novo Código Penal*. Jornal do Comércio vol. LIX, fascículo nº 1. Rio de Janeiro: julho de 1941-B, p. 107-111

_____. *Pena e medida de segurança*. Revista Forense. Rio de Janeiro: dezembro de 1944, p. 11-19.

MAIA, Clarissa Nunes; NETO, Flávio de Sá. *O trabalho prisional na casa de detenção do Recife no século XIX*. In: Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro: vol. 3, no. 2, p. 187- 202, maio-agosto 2011.

MARINI, Ruy Mauro. *Dialética da Dependência*. In: Marxist International Archive. 1973. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/marini/1973/mes/dialectica.htm>

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Sagrada Família*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

MARX, Karl. *Glosas críticas ao artigo “O Rei da Prússia e a reforma social”. De um prussiano*. In: *Lutas de classes na Alemanha*. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. *O Capital, vol 1*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

_____. *On Capital and Punishment – Mr. Cobden’s Pamphlet – Regulations of the Bank of England*. Publicação Original: New York Daily Tribune, 18 de Fevereiro de 1853. Versão Online disponível em: <https://www.marxists.org/archive/marx/works/1853/02/18.htm>

_____. *Zur Kritik der politischen Ökonomie. Werke*, Band 13. Berlin: DietzVerlag, 1971.

LUKÁCS, György. *Para uma ontologia do ser social vol. I*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012.

_____. *Para uma ontologia do ser social vol. II*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

_____. *Pensamento Vívido*. Org. EÖRSI, István; VEZER, Erzsebet. Viçosa: Editora da UFV, 1999.

MAZZEO, A. C. *Estado e burguesia no Brasil: origens da autocracia burguesa*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2015.

MEDRADO, Nayara Rodrigues. *Da assistência à repressão: relações entre a origem do cárcere e a crítica marxiana à politicidade*. In: Anais do Colóquio Internacional Marx e o Marxismo 2017. Niterói, agosto de 2017.

MELOSSI, Dario; PAVARINI. *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MOREIRA, Paulo Roberto Staudt, AL-ALAM, Caiuá Cardoso. *Infernais sepulcros provisórios: projetos carcerários e sistemas normativos no século XIX no Rio Grande do Sul*. In: *História das Prisões no Brasil vol. II*. Org. MAIA, Clarissa Nunes; NETO, Flávio de Sá; COSTA, Marcos; BRETAS, Marco Luiz. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2013.

MUNAKATA, K. *A legislação trabalhista no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

NAKATANI, P. *A crise atual do sistema capitalista mundial*. In: Anais do 7º Encontro nacional de economia política. Curitiba: Sociedade Brasileira de Economia Política, 2002.

NEDER, Gizlene. *Discurso Jurídico e ordem burguesa no Brasil – Criminalidade, Justiça e Constituição do Mercado de Trabalho (1890-1927)*. Niterói: Editora da UFF, 2012.

NETO, Flávio de Sá. *Da cadeia à casa de detenção: a reforma prisional no Recife em meados do século XIX*. In: *História das Prisões no Brasil vol. II*. Org. MAIA, Clarissa Nunes; NETO, Flávio de Sá; COSTA, Marcos; BRETAS, Marco Luiz. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2013.

OLIVEIRA, Francisco de. *A Economia Brasileira: Crítica à Razão Dualista*. In Estudos Cebrap 2, São Paulo: 1972.

_____. *Crítica à razão dualista: o ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo, 2003.

PAÇO CUNHA, Elcemir. *A função do direito na via colonial*. In: Anais do Colóquio Internacional Marx e o Marxismo 2017. Niterói, agosto de 2017.

_____. *Marx e Pachukanis: do fetiche da mercadoria ao “fetiche do direito” e de volta*. In: Verinotio – revista on-line de filosofia e ciências humanas. nº 19, ano X, abr. 2015.

PRADO JR., Caio. *A Questão Agrária no Brasil*. São Paulo. Companhia das Letras. 2014.

_____. *História Econômica do Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1973.

QUEIROZ, Henrique Almeida de. *Autocracia e bonapartismo no Brasil: modos de institucionalização da relação via colonial e na teoria marxista da dependência de Ruy Mauro Marini*. In: Anais do Colóquio Internacional Marx e o Marxismo 2017. Niterói, agosto de 2017.

RAGO FILHO, Antônio. *A teoria da Via Colonial de objetivação do capital no Brasil: J. Chasin e a crítica ontológica do capital atrofico*. In: Verinotio – Revista Onlde de Educação e Ciências Humanas, nº 11, ano VI. Abril de 2010.

_____. *O ardil do politicismo: do bonapartismo à institucionalização da autocracia burguesa*. In: Proj. História, São Paulo, (29) tomo 1, p. 139-167, dez. 2004. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/revph/article/viewFile/9950/7390>

RODRIGUES, Arthur Bastos. *A apreensão caiopradiana do Direito na Via Colonial*. In: Anais do Colóquio Internacional Marx e o Marxismo 2017. Niterói, agosto de 2017.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Rio de Janeiro, Renavan: 2004.

SAES, D. *A formação do estado burguês no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

SALVEMINI, Gaetano. *Clevelândia (Oiapoque). Colônia Penal ou Campo de Concentração?* In: Revista Verve, n. 4, São Paulo: PUC Digital, 2003.

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. São Paulo: Editorial Hucitec, 1996.

SILVA, Z.L. da. *A domesticação dos trabalhadores nos anos 30*. São Paulo: Marco Zero, 1990.

VAISMAN, Ester. *A ideologia e sua determinação ontológica*. In: Verinotio – Revista Onlide de Educação e Ciências Humanas, nº 12, ano VI. Outubro de 2010.

ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro vol. 1*, 4ª edição. I. Rio de Janeiro: Renavan, 2011

ZORRAQUINO, Luis D. *O processo de urbanização brasileiro e a formação de suas metrópoles*. Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Departamento de História e Teoria, 2005. Disponível em: <http://www.zorraquino.com.br/textos/luis-delgado-zorraquino/personales/a-evolucaodo-brasil.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.