

CRIMINOLOGIA DO PRECONCEITO: UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-LEGISLATIVA DO BRASIL COLÔNIA À PRÉ-ABOLIÇÃO DA ESCRAVATURA

Recebido em: 24/02/2023
Aceito em: 29/03/2023
DOI: 10.25110/rcjs.v26i1-005

Cleuler Barbosa das Neves ¹
Gisele Gomes Matos ²

RESUMO: A partir da questão racial do caso brasileiro de 300 anos de escravidão legalmente amparada, no presente artigo, recorrendo ao método dialético-argumentativo, articula uma análise sob as perspectivas histórica e legal das questões atinentes à inserção do discurso racista na legislação brasileira, que culminou, inclusive, na adoção de uma política de branqueamento do país, apresentando-se o arcabouço legislativo desde a aplicação das Ordenações do Reino e a Constituição Imperial de 1824 perpassando por Leis como o Código Criminal do Império, a Lei de Terras, A Lei Diogo Feijó, a Lei do Sexagenário, a Lei Afonso Arinos, dentre outras até o período pré-abolição da escravatura e pré-república, atrelado à realidade social da época, recorrendo-se à Criminologia como ferramenta teórica.

PALAVRAS-CHAVE: Racismo; Escravidão; Criminologia do Preconceito; Legislação.

CRIMINOLOGY OF PREJUDICE: A HISTORICAL-LEGISLATIVE PERSPECTIVE FROM COLONIAL BRAZIL TO THE PRE-ABOLITION OF SLAVERY

ABSTRACT: From the racial issue of the Brazilian case of 300 years of slavery legally supported, in this article, using the dialectical-argumentative method, it articulates an analysis from the historical and legal perspectives of the issues related to the insertion of racist discourse in Brazilian legislation, which culminated in , including the adoption of a policy of whitening the country, presenting the legislative framework since the application of the Ordinances of the Kingdom and the Imperial Constitution of 1824, passing through Laws such as the Criminal Code of the Empire, the Land Law, The Diogo Law Feijó, the Sexagenarian Law, the Afonso Arinos Law, among others until the pre-abolition of slavery and pre-republic period, linked to the social reality of the time, using Criminology as a theoretical tool.

KEYWORDS: Racism; Slavery; Criminology of Prejudice; Legislation.

CRIMINOLOGÍA DEL PREJUICIO: UNA PERSPECTIVA HISTÓRICO-LEGISLATIVA DESDE EL BRASIL COLONIAL HASTA LA PRE-ABOLICIÓN DE LA ESCLAVITUD

RESUMEN: A partir de la cuestión racial del caso brasileño de los 300 años de esclavitud legalmente sustentada, en este artículo, utilizando el método dialéctico-argumentativo, articula un análisis desde las perspectivas histórico-jurídicas de cuestiones relacionadas con la inserción del discurso racista en legislación brasileña, que incluso culminó con la

¹ Doutor em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de Goiás (UFG).

E-mail: cleuler@gmail.com

² Doutoranda em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília (UNICEUB).

E-mail: matosgisa@gmail.com

adopción de una política de blanqueamiento del país, presentando el marco legislativo a partir de la aplicación de las Ordenanzas del Reino y la Constitución Imperial de 1824, pasando por Leyes como el Código Penal del Imperio, el Derecho de Tierras, Ley Diogo Feijó, Ley Sexagenaria, Ley Afonso Arinos, entre otras hasta la preabolición de la esclavitud y prerrepública, vinculado a la realidad social de la época, recurriendo a la Criminología como herramienta teórica.

PALABRAS CLAVE: Racismo; Esclavitud; Criminología del Prejuicio; Legislación.

1. INTRODUÇÃO

A questão racial no Brasil insere suas raízes no modelo de colonização instituído, “afinal, desde que o Brasil é Brasil, ou melhor, quando ainda era uma América portuguesa, o tema da cor nos distinguiu” (SCHWARCZ, 2012, p. 11).

Se ao longo da história, “o discurso racista conferiu as bases de sustentação da colonização, da exploração da mão de obra dos africanos escravizados, da concentração de poder nas mãos das elites brancas locais no pós-independência” (FLAUZINA, 2006, p. 12), o problema que se coloca é: em que medida e em que momento esse mesmo discurso racista passou a figurar como elemento constitutivo do sistema penal brasileiro?.

A partir dessa premissa, e ao eleger como objeto a questão racial brasileira, faz-se, através do método dialético-argumentativo, uma retrospectiva histórica da legislação brasileira do Brasil colônia até a abolição da escravatura, valendo-se da Criminologia como ferramenta teórica, mais especificamente da “Criminologia do preconceito” (FLAUZINA, 2006) para abarcar a conexão criminológica do etiquetamento com a marginalização do segmento negro.

Isso demanda, perpassar pela própria história do Brasil, sua colonização, processo de escravidão, construção da legislação e contextualização com a formação sociológica do mito da democracia racial.

Para tanto, adentra-se no labirinto da história do Brasil, firmando contraponto na construção legislativa sob a perspectiva racial, viabilizando a reflexão acerca das políticas adotadas pelo país e evidenciadas na legislação, bem como seus reflexos na manutenção das desigualdades raciais no País, em especial na esfera criminal.

2. ESCOLA CLÁSSICA E CRIMINOLOGIA POSITIVISTA

Na Idade Média, o poder de punir era uma faculdade, tendo o soberano poder sobre a vida e a morte, estando a seu cargo a decisão que Michel Foucault (2000) sintetizou na expressão “*fazer morrer ou deixar viver*”.

No século XVIII, junto ao desenvolvimento do Iluminismo e do Capitalismo, começou a ser construído um corpo teórico de limitação do poder absoluto; o Direito Penal como limitação ao poder punitivo é dessa época (como prática punitiva, por óbvio, é anterior). Sob essa perspectiva tem-se Cesare Beccaria, que fundamentava o direito de punir com base no contrato social de Rousseau – a punição é legítima se cumpre o contrato social, devendo o Estado obedecer às regras do jogo democrático e, quando não o faz, excede em arbítrio ilegítimo –, e Francesco Carrara, que enxergava o crime como ente jurídico – negação do direito, livre arbítrio e pena como retribuição –, como marcos teóricos na transição para a Escola Clássica.

É o momento da chamada “Escola Clássica”, expressão usada por Enrico Ferri para designar aqueles que não aderiram ao positivismo criminológico, que instrumentalizou-se no saber penal como instrumento do indivíduo contra o Estado, voltado para a limitação do poder punitivo do Estado e à garantia de direitos ao ser humano. Nesse sentido, para a Escola Clássica, tanto o direito penal quanto a pena eram considerados “instrumento legal para defender a sociedade, criando, onde fosse necessário, um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime” (BARATTA, 2002, p. 31).

Concebendo a defesa social como a defesa da sociedade contra o arbítrio do Estado (limitação ao poder de punir), o pensamento clássico objetivou incorporar princípios como os da legalidade, da humanidade e da utilidade à aplicação da sanção penal e às modalidades de exercício do poder punitivo, “defendendo uma ciência penal fundada na legalidade dos delitos e das penas, na humanização do sistema penal, na utilidade e proporcionalidade das penas, na igualdade de todos perante a lei” (SANTOS, 2010, p. 7). Embora a premissa fundamental fosse a liberdade do homem e seu livre-arbítrio, ao optar pela prática do mal, o criminoso estaria abrindo mão de parcela dessa liberdade em prol da viabilidade da convivência, estando sujeito a receber uma reprimenda, proporcional à gravidade do crime e previamente fixada, desde que lhe fosse garantido o direito de defesa. Somente atendendo a essas premissas é que o sistema penal estaria revestido de legitimidade para punir.

Nesse contexto, o projeto iluminista, de cunho antropocentrismo, sob uma perspectiva intelectual e diante de seu viés científico, “constituiu as ferramentas que tornariam possível a comparação e, posteriormente, a classificação, dos mais diferentes grupos humanos a partir de características físicas e culturais” (ALMEIDA, 2018, p. 21).

Aos auspícios do século XIX, que foi influenciado, como um todo, por Charles Darwin e sua teoria sobre a origem das espécies, firmando a crença na ciência sob uma concepção positiva desta, “na crítica aos autores clássicos, os positivistas substituem o objeto da investigação criminológica, afastando-se do delito e cercando de luzes o criminoso” (FLAUZINA, 2006, p.16) e assim, antes de estudar o crime como ente jurídico, passa-se a estudá-lo sob o prisma da ação humana, como fenômeno social.

A Escola Positiva italiana teve início com os estudos e as ideias sobre o homem delinquente, apresentadas por Lombroso (2001), Garófalo (1891) e Ferri (1998), que desenvolveram o saber penal na defesa da sociedade contra os indivíduos perigosos. Como legado, trouxe duas grandes contribuições: iniciou a teorização acerca da defesa social, permanecendo esta no centro das preocupações – Direito Penal como instrumento de defesa social, visando resguardar os direitos da sociedade –, bem como inaugurou a pesquisa empírica na seara da Criminologia, com “seu método causal-explicativo do delito, baseado em dados colhidos da observação dos fatos, e a crença de que a causa do delito está na pessoa do criminoso, tido como um ser diferente das demais pessoas ‘normais’” (SANTOS, 2010, p. 14).

Em termos de defesa social, “ao invés de servir de limitação ao poder de punir, as teorias da Escola Positiva, justificam a expansão do sistema punitivo, em nome da necessidade de defesa social” (SANTOS, 2010, p. 57).

No que tange à empiria, as investigações de Lombroso (2001) acerca da delinquência a partir de fatores bioantropológicos (embriologia do crime, anatomia patológica e biologia e psicologia do criminoso nato – das formas de vida animal e vegetal até a complexidade da vida humana) foram ampliadas por Garófalo (1891), com fatores psicológicos/físicos, e por Ferri (1998), que avultou fatores sociológicos/sociais, tornando científicas as indagações acerca das diferenças humanas, o que resultou na busca pela “explicação da criminalidade na ‘diversidade’ ou anomalia dos autores de comportamentos criminalizados” (BARATTA, 2002, p. 39). Na observação clínica para o desenvolvimento da teoria com vistas a explicar as causas do crime, os sujeitos estudados, agora cunhados delinquentes, “eram indivíduos caídos na engrenagem judiciária e administrativa da justiça penal, sobretudo os clientes do cárcere e do manicômio judiciário, indivíduos selecionados daquele complexo sistema de filtros sucessivos que é o sistema penal” (BARATTA, 2002, p. 40).

Ao defender a existência do criminoso nato (expressão cunhada por Ferri), possuidor de estigmas que remetem ao atavismo do homem selvagem e à criminalidade, após a análise de reclusos europeus e realização de autópsias, Lombroso (1876) admitiu a coexistência de diferentes graus de evolução e de raças superiores e inferiores, hasteando a bandeira de defesa da sociedade contra esses indivíduos. Em Lombroso, “um alto percentual da delinquência era devido a um fenômeno atávico – um retardamento do desenvolvimento embrionário, que tornava o delinquente portador de caracteres próprios de uma condição subumana na escala zoológica” (SANTOS, 2010, p. 22). A isso se somava um padrão estético, determinado pela raça: bastava comparar anatomicamente o cabelo e a pele do negro com a do branco; a quantidade de glândulas sudoríparas responsáveis pelo odor peculiar do negro; o cérebro mais leve do negro, demonstração de menor capacidade cerebral; a linguística e rituais como sinal da primitividade; tudo evidenciava sua ascendência primitiva (GÓES, 2016, p. 90-92).

Nesse contexto, Lombroso buscava respostas a fim de comprovar a superioridade branca “nas diferenças raciais comprovadas pela nova ciência, garantindo a posição de dominação racial ao mesmo tempo em que excluía os riscos de as raças inferiores ameaçarem o poder da raça branca” (GÓES, 2016, p. 88). Para ele, há uma significativa indiferença dos negros e do que chama de “selvagens da América” em relação à dor: “os primeiros cortam a mão rindo, para escapar ao trabalho; os segundos, atados ao poste da tortura, cantam alegremente louvores a sua tribo, enquanto são queimados de fogo lento” (LOMBROSO, 2001, p. 354).

Formuladas teorias raciais e estas sendo aceitas na Criminologia Positivista sob a justificativa de controle social efetivo, restou patente a adoção da denominada inferioridade biológica (ZAFFARONI, 1991 p. 77), onde as populações colonizadas foram considerados biologicamente inferiores, tais como os moradores das chamadas instituições de sequestro centrais, como o cárcere e os manicômios e, assim, “vinculados e legitimados pela biologia [...] os modelos darwinistas sociais constituíram-se em instrumentos eficazes para julgar povos e culturas a partir de critérios deterministas” (SCHWARCZ, 2012, p. 20).

Sob o argumento de cura do delinquente, políticas criminais diversas foram adotadas pelos países para o melhoramento da raça, gerando segregação, genocídio e supremacia de raças:

“Suas ideias desencadearam um verdadeiro escândalo ideológico e, ainda que tenha matizado e temperado prudentemente ao longo de sua vida, sempre estiveram circunscritas em um biologismo sumamente reacionário, que terminou oferecendo uma base às teorias racistas do crime do nacional-socialismo. Triste foi o destino ideológico de um pensamento, cuja mais difundida versão foi proporcionada por Lombroso” (ZAFFARONI; PIERANGELLI, 2002 p. 297).

Tem-se, pois, a realidade da época: “pensadores europeus articulavam teorias sistêmicas de diferenças raciais inatas [...] e em 1860 tinham conquistado o beneplácito da ciência e gozavam de plena aceitação por parte de líderes nos Estados Unidos e na Europa” (SKIDMORE, 2012, p. 92).

3. POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO NO BRASIL – ASPECTOS CONCEITUAIS

“Desde a sua ‘descoberta’ e enquanto durou o período colonial (1500-1822) o Brasil e a sua prática escravagista permaneceram encobertos pelo status de colônia de Portugal” (MATOS; SANTOS, 2018. p. 202), sendo a proclamada Independência do Brasil, em 1822, materializada em uma independência meramente formal, “permanecendo a economia, a mentalidade e a cultura, dependentes e colonizadas” (NASCIMENTO, 2016, p. 82).

Era a Europa o centro das ideias e das atividades científicas da época e por lá restava consolidada a denominada ideologia colonial, que impulsionou a política de exploração geográfica. Essa política culminou na ocupação de territórios africanos e americanos, dentre outros, justificada pela cristianização dos pagãos, pela civilização de raças selvagens e pela expansão do livre comércio. De lá foram importados os ensinamentos do positivismo criminológico nas últimas décadas do século XIX.

Referindo-se à sistematização de Lombroso como uma ideologia brutal, disseminada na Europa e exportada para a América, Zaffaroni e Pierangelli explicam:

“Foi a teoria dos ideólogos do ‘bom ditador’, como o ‘grupo dos cientistas’ da ditadura de Porfirio Díaz, no México, dos setores racistas brasileiros e da ‘elite’ argentina. Foi um pensamento que, em nosso Continente, serviu para justificar o desprezo pelo índio, o negro, o mestiço e o mulato, que são os habitantes ‘naturais’ de nossos cárceres” (ZAFFARONI; PIERANGELLI, 2002 p. 297).

As ideias positivistas, advindas da Europa, chegaram ao Brasil na década de 1850³ através da Escola de Direito do Recife e, mais tarde, da Escola de São Paulo, e

³ Bartira Santos (2010, p. 87) aponta como início da divulgação das ideias de Lombroso no Brasil o ano de 1884, com a seguinte nota explicativa: “Existe uma divergência sobre qual destes autores teria sido o
Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR, Umuarama, v.26, n.1, p. 74-98, 2023. ISSN 1982-1107 79

influenciaram nossos juristas na transição da Monarquia para a República de tal forma a criar-se um discurso de desigualdade no campo da lei (SANTOS, 2010, p. 90).

Sobre o tratamento jurídico-penal diferenciado, Marcos César Alvarez contextualiza:

“A Criminologia representou a emergência de um discurso da desigualdade no campo da lei, discurso este capaz de propor, a partir da articulação dos campos da lei e da norma, um tratamento jurídico-penal diferenciado para determinados setores da população e, conseqüentemente, num plano mais geral, de estabelecer critérios diferenciados de cidadania” (ALVAREZ, 2003, p. 28).

Sobre o tratamento jurídico-penal diferenciado, Marcos César Alvarez contextualiza:

Demonstração da incorporação das ideias positivistas está na publicação do primeiro tratado brasileiro positivista, datado de 1874 e publicado por Luís Pereira Barreto, bem como na fundação, em 1876, da primeira escola positivista brasileira, na cidade do Rio de Janeiro, e, em 1881, do chamado apostolado positivista (SKIDMORE, 2012, p. 46-47).

Os “rumos do país, em termos de progresso, desenvolvimento e viabilidade como nação, foram colocados nas mãos dos homens da ciência” (GÓES, 2016, p. 201), tais como João Vieira de Araújo, Clóvis Beviláqua, Raimundo Pontes de Miranda, Moniz Sodré de Aragão e Silvio Romero. Dentre eles estava Raimundo Nina Rodrigues, médico de formação, também intitulado professor, escritor, antropólogo. Foi ele quem, sectário do darwinismo racial, no final do século XIX, incorporou os postulados da Escola Positiva italiana/europeia, traduziu a teoria de Lombroso a partir do racismo e se tornou o principal expoente das ideias europeias para alçar o negro brasileiro à condição de objeto de investigação científica, ficando para a posteridade a cor da pele como sinal inequívoco e inescandível da inferioridade (GÓES, 2016, p. 201). Nina Rodrigues defendeu uma existência ontológica entre raças e “advogava uma visão hierarquizada à correspondência entre tipo criminal e tipo racial e enfrentou o fato de viver em um país periférico, onde a maioria marginalizada ‘correspondia’ às descrições da ciência racista europeia” (CARVALHO; DUARTE, 2017, p. 53).

primeiro a tratar das idéias de Lombroso no Brasil. Tobias Barreto referiu-se a Lombroso em Menores e loucos, publicado em março de 1884. João Vieira de Araújo, também em 1884, ocupou-se de Lombroso no Ensaio de direito penal sobre o Código Criminal do Império do Brasil. Porém, Clóvis Beviláqua afirmou que o livro de Tobias Barreto já havia aparecido, desde 1882, nas colunas do ‘Diário de Pernambuco’. Mas, no *Archivio di Psichiatria*, o jurista brasileiro que aparece em primeiro lugar é João Vieira de Araújo. Sobre essa controvérsia, veja-se: Alvarez, 2003, p. 72-78.

Nas palavras de Evandro Piza Duarte:

“Os criminólogos positivistas acreditavam existir uma criminalidade diferencial dos afrodescendentes e indígenas que era explicada/justificada com o argumento da inferioridade racial, ou seja, os afrodescendentes e indígenas seriam mais criminosos porque mais inferiores que outros grupos raciais” (DUARTE, 2011, p. 2).

O controle social/racial do qual Nina Rodrigues foi precursor se amoldou como uma luva à realidade funcional do País e a teoria do criminoso nato foi traduzida, no Brasil, em um cenário em que Nina Rodrigues “elaborou um modelo racista de explicação causal da criminalidade, marcado por um rígido determinismo biológico, que era uma recomendação geral para medidas que limitassem os direitos fundamentais das populações não-brancas” (DUARTE, 2011, p. 251).

Para Luciano Góes, na obra *A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da Criminologia brasileira* (que lhe conferiu o 59º Prêmio Jabuti), a teoria lombrosiana se tornou a teoria rodrigueana, tamanha a sua influência no Brasil, perfazendo-se na “legitimação que manteve o *status quo* hierárquico-racial senão em termos de políticas públicas para a formalização do *apartheid* brasileiro, em concretização prática de um controle racial segregacionista que permitiu o contínuo do genocídio negro” (GÓES, 2016, p. 279).

Nina Rodrigues, “o mais prestigiado doutrinador racista brasileiro de sua época” (SKIDMORE, 2012, p. 103), enxergava uma criminalidade e nocividade natas na população de cor, reflexo de seu atavismo e inferioridade natos, razão porque defendeu, inclusive, a existência de leis penais diferentes para brancos e negros:

“Por ventura pode-se conceder que a consciência do direito e do dever que tem essas raças inferiores seja a mesma que possui a raça branca civilizada? – ou que, pela simples convivência e submissão, possam aquelas adquirir, de um momento para o outro, essa consciência, a ponto de se adotar para elas conceito de responsabilidade penal idêntico ao dos italianos, a quem fomos copiar o nosso código?” (RODRIGUES, 1957, p. 43).

Ao constatar a involuntariedade na prática de alguns crimes por parte de seres inferiores como os negros, Nina Rodrigues defendeu a aplicação da lei condicionada aos estágios civilizatórios e dimensionada pelo estudo das raças existentes no Brasil (SCHWARCZ, 2012, p. 24). Não podendo ser julgados pelos códigos dos povos ‘civilizados’, propôs, “no lugar da unidade, a institucionalização e a legalização da heterogeneidade, através da criação da figura jurídica denominada responsabilidade penal atenuada”

(MUNANGA, 2008, p. 51), de maneira a gerir as desigualdades entre as raças e contemplando, assim, a ausência de um mesmo grau de cultura mental:

“Posso iludir-me, mas estou profundamente convencido de que a adoção de um código único para toda a República [é] um erro grave que atent[a] grandemente contra os princípios mais elementares da fisiologia humana”. (RODRIGUES, 1957, p. 166).

“Pela acentuada diferença de sua climatização, pela conformação e aspecto físico do País, pela diversidade étnica de sua população, já tão pronunciada e que ameaça acentuar-se, ainda, o Brasil deve ser dividido, para os efeitos da legislação penal, pelo menos nas suas quatro grandes divisões regionais” (RODRIGUES, 1957, p. 67).

O ideal de hierarquização da cidadania, desenvolvido por Nina Rodrigues, e a divisão do País em termos de legislação penal são criticados por Marcos César Alvarez:

“Se as características raciais locais influíam na gênese dos crimes e na evolução específica da criminalidade no país, conseqüentemente toda a legislação penal deveria adaptar-se às condições nacionais, sobretudo no que diz respeito à diversidade racial da população” (ALVAREZ, 2002, p. 694).

Nesse sentido também se pronunciam Salo de Carvalho e Evandro Piza Duarte:

“Apesar de todas as premissas retiradas da Criminologia europeia quanto ao caráter crimínógeno das “raças inferiores”, o problema da responsabilidade penal não poderia ser resolvido em “termos gerais de raça” e exigia, ao contrário, que se descesse “ao exame das individualidades”, pois, mesmo nesse caso, haveria as “exceções” ainda que “pouco numerosas”, dentre as “raças inferiores” (CARVALHO; DUARTE, 2017, p. 62-63).

Como evidência da formação de uma sociedade autenticamente racista, na qual os seres humanos eram julgados de acordo com a classificação racial, Thomas Skidmore aponta que não houve “nenhuma palavra sobre o direito dos ‘inferiores’ a serem protegidos de atos antissociais cometidos por seus ‘superiores’” (SKIDMORE, 2012, p. 106).

Se “a pele não-branca e o clima tropical favoreciam o surgimento de comportamentos imorais, lascivos e violentos, além de indicarem pouca inteligência” (ALMEIDA, 2018, p. 23) era preciso evitar a mistura das raças e o racismo científico do final do século XIX tinha em Nina Rodrigues seu principal precursor, o qual “não via com bons olhos a mestiçagem, alardeando os efeitos deletérios dos cruzamentos raciais, atribuindo-lhes as mazelas, as doenças, as fraquezas físicas e mentais e a degeneração racial” (FLORES, 2007, p. 325).

Salo de Carvalho e Evandro Piza Duarte elegem como grande feito de Nina Rodrigues a construção de um controle social garantidor da supremacia das elites brancas

capaz de integrar, através de um modelo explicativo de um problema científico, o chamado paradigma “nina-lombrosiano” como “um dos aspectos de um paradigma racista mais amplo, aceito pelas elites brasileiras” (CARVALHO; DUARTE, 2017, p. 57). “Longe de se apresentarem somente como ‘ideias fora do lugar’ ou como simples modismo da época, as novas teorias criminológicas parec[iam] responder às urgências históricas que se colocavam para certos setores da elite jurídica nacional” (ALVAREZ, 2002, p. 693).

Assim, a aderência à teoria vinda do outro lado do continente se deu em razão do anseio das elites em fundamentar um novo modelo de controle social e, no Brasil, “incutiu a imperatividade do reconhecimento social, a partir da opressão e violência sobre corpos negros, conduzindo, assim, a naturalização e aceitação da violência programática que (ainda) orienta o sistema de controle racial-social brasileiro” (GÓES, 2016, p. 151).

4. PROGRAMAÇÃO CRIMINALIZANTE⁴ DO IMPÉRIO À REPÚBLICA

Prova da influência da Escola Positiva italiana foi a sua adoção de forma maciça sobre a legislação brasileira. Agora, adentrar-se-á na construção legal brasileira a partir da internalização das ideias do positivismo criminológico e, por didática, far-se-á nos moldes do curso da história, do Brasil Colônia à República, passando pelo processo de escravidão até a abolição no presente artigo e, noutro, continua-se, chegando-se à formação da República e às heranças do colonialismo na CF/88 e na legislação atual.

4.1 Ordenações do Reino

Para ditar o Direito Penal no Brasil Colônia vigoraram as Ordenações do Reino, intituladas Afonsinas (de 1446, com única versão impressa em 1792), Manuelinas (em 1512, Livro I, no ano seguinte o Livro II e, em 1514, a edição completa, com cinco livros, objeto de reforma definitiva em 1521) e Filipinas (compilação oficial de 1569, com seis partes, entrou em vigor em 1603). As ordenações Filipinas, oriundas da revisão das ordenações Manuelinas, tiveram maior aplicação no País e previram, dentre outros postulados, a desigualdade no tratamento penal, variável de acordo com o sexo e a posição social. No livro V das Ordenações Filipinas, dedicado inteiramente ao Direito Penal, foram materializados os incidentes penais, dele constando “o ranço do tradicionalismo da

⁴ Terminologia usada por Eugênio Raúl Zaffaroni e encampada por Ana Luiza Pinheiro Flauzina para se referir à estruturação do sistema penal brasileiro.

monarquia portuguesa evidenciando o racismo, na coisificação do escravizado” (FLAUZINA, 2006, p. 45), a exemplo do art. 62, o qual penalizava quem, achando um escravo fugido, não reportasse a descoberta em quinze dias ao seu senhor ou à autoridade competente.

Vê-se que a desigualdade no País, imposta pelo Estado, ainda sob o jugo de Portugal, foi posta desde a “colonização”, de modo que “as práticas ancoradas no racismo em todos os domínios da existência colonial são inegavelmente marca significativa dos vínculos que nos relacionam a um mundo ibérico” (FLAUZINA, 2006, p. 57). Isso porque, enquanto “nação” e desde a “descoberta” por mais de 300 anos foram cometidos equívocos, os quais se perpetuam na contemporaneidade. A um: foi internalizada a diáspora africana e o racismo como “bênção cristã que configurou a formação dos países ibéricos em face das inúmeras invasões mouras e sua expulsão na Reconquista” (GÓES, 2016, p. 154), justificando-os, ao passo que enalteceu-se a excelência da brancura europeia e relegou-se por completo o genocídio⁵ da população negra escravizada. A dois: num contexto em que toda a organização da atividade produtiva do País se encontrava concentrada no sistema escravista, que engatinhava insurreições, o sistema penal apresentou-se como instância de controle, sendo permissivo quanto ao predomínio de um poder punitivo doméstico (ZAFFARONI, 2003), interiorizado nas relações entre senhores e escravos/casa-grande e senzala.

Ana Luiza Pinheiro Flauzina (2006) demonstra a simbologia da harmonia da casa-grande e senzala e, sob o enfoque do sistema punitivo, evidencia o controle social penal sobre a corporalidade negra:

“O sistema punitivo se municiou com todos os instrumentos de contenção que agregam uma legislação repressiva, recrutamento de milícias e capitães-domato, além de um sofisticado aparato de tortura. Tudo isso para dar fim efetivo aos quilombos materialmente consolidados, recuperando escravos e investimentos, mas também para sinalizar simbolicamente para a inviabilidade de qualquer forma de resistência contra o empreendimento escravista” (FLAUZINA, 2006, p. 59).

Em uma cajadada só, dois aspectos foram atingidos: mantinha-se a arquitetura punitiva sobre os vulneráveis e consolidava-se a naturalização da subalternidade, posto que “os mecanismos de controle, mais do que manter a população negra na posição da

⁵ Genocídio enquanto “recusa do direito de existência a grupos humanos inteiros, pela exterminação de seus indivíduos, desintegração de suas instituições políticas, sociais, culturais, linguísticas e de seus sentimentos nacionais e religiosos” (BUENO, 1963, p. 580).

subserviência, deveriam ser capazes de fazer com que os negros internalizassem, assumissem a inferioridade como parte da constituição de seu caráter” (FLAUZINA, 2006, p. 60).

O discurso racista serviu ao empreendimento colonial e materializou-se como instrumento inaugural e mantenedor das assimetrias raciais que até hoje perduram. À época, muitos escravizados já se encontravam engajados na luta pela independência do País e, libertando-se do banzo que os paralisava, engajaram-se em protestos como a Conjuração Baiana (também conhecida como Inconfidência Baiana ou Revolta dos Alfaiates), de 1798. Esse protesto, como muitos outros que vieram em seguida no processo de abolição, resultou em massacre para a população escrava e, “quando o Brasil, em 1822, se tornou independente de Portugal, continuou o mesmo país escravizador do africano” (NASCI-MENTO, 2016, p. 71).

4.2 Constituição Imperial de 1824

A Constituição Imperial de 1824, tida como um documento liberal e em consonância com o que melhor se fazia na Europa, pregava, dentre outros postulados, garantias e direitos individuais, tal como a igualdade da lei para todos. Porém, em verdade, trazia em si a estratégia da omissão ao não mencionar a escravidão. Era contraditória a recomendação do documento constitucional, em seu art. 179, inciso XVIII, para a organização de um Código Criminal “fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade” (BRASIL, 1824), que se contrapunha à realidade escravagista da época. Era bonito falar em liberdade e igualdade, mas o Estado brasileiro permanecia na escravidão, que, inclusive, “encontrava apoio na Carta mediante a distinção entre cidadãos ingênuos (nascidos livres) e libertos nos termos do art. 6, I” (NEVES, 2018, p. 173), de modo que a Carta Constitucional imperial indiretamente reconhecia a escravidão, em contradição ao liberalismo das garantias e dos direitos fundamentais civis e políticos que pregava (art. 179).

Sobre o contexto de formação e condições de eficácia dos textos constitucionais, Marcelo Neves (2018) vincula o processo de constitucionalização formal do Brasil ao movimento de independência de Portugal, ressaltando que o rompimento jurídico-político não teve como consequência a formação de um Estado soberano. Para ele, a Carta de 1824 recebeu forte influência da Constituição Francesa de 1814, sendo “interpretada, antes, no contexto do ‘colonialismo-jurídico-cultural’ do que no âmbito das relações sociais predominantes no país” (NEVES, 2018, p. 173). Da situação do País, destaca o período

das monoculturas de café e cana-de-açúcar, que, orientadas pela demanda externa e baseadas na escravidão, desempenhavam papel social relevante na manutenção das profundas diferenças sociais. Uma vez ausentes os pressupostos sociais para a positivação do direito, a Constituição de 1824 “não constituía um horizonte jurídico da ação política, muito menos um fator positivo de integração dos estratos inferiores miseráveis no sistema jurídico” (NEVES, 2018, p. 176). Faltava, pois, a efetividade dos elementos constitucionais da Constituição de 1824, possuindo apenas caráter “simbólico-legitimador”, travestido na construção da classe dominante como condutora da política, da economia e de seus interesses, com base no conceito de uma ‘ordem pública’ como símbolo de atuação da elite dominante, que extrapola “sua atuação do âmbito puramente econômico para assumir um papel fundamental na organização e direção de toda a sociedade, passando a comandar a esfera política e o processo de emancipação do Brasil” (SULOCKI, 2007, p. 68).

Enquanto isso, as Ordenações Filipinas, viabilizadoras da desigualdade no tratamento penal ao “absorver o indivíduo no Estado, fazendo dele um instrumento” (PIERANGELLI, 1980, p. 7), perduraram até 1830, quando foi sancionado, por D. Pedro I, o Código Criminal do Império, datado do mesmo ano.

4.3 Código Criminal do Império de 1830

Apresentado como permeado pelas ideias humanistas da Revolução Francesa, o Código Criminal do Império, de 1830 (BRASIL, 1830), em mais uma incoerência legal, também trazia em si a seletividade penal: mantinha-se a escravidão e a diferenciação de penas, com modalidades exclusivas, inclusive corporais, para escravos (“art. 60 – pena de açoite, caso não condenado às galés ou à morte”), na contramão do liberalismo e da igualdade pregada pela Constituição vigente.

Invisível aos olhos de diversos segmentos, sob a lente do Direito Penal o negro era objeto de punição. O Código Penal trazia a criminalização da vadiagem com suas diversas facetas: a) como demonstração do controle social e penal sobre o direito de ir e vir da população negra, liberta ou escrava; b) na acepção social do negro como desocupado, objetificado à condição de escravo ou criminoso; c) enquanto estratégia de inviabilização social do contingente negro, tendo como consequência a punição da ociosidade (FLAUZINA, 2006, p. 100).

Ao tempo, diante da crise econômica ensejada pela queda na produção de açúcar e algodão, eclodiam revoltas populares como a dos Farrapos, a Cabanagem, a Sabinada e

a Balaiada. As tentativas de libertação do povo negro por meio de revoluções políticas, em que pese terem gerado, na elite brasileira branca, um receio em relação aos corpos negros, envolvidos nas lutas sociais e já em processo de abolição, foram massacradas pelos membros do grupo racial dominante. Esse grupo utilizou como recurso para a atuação policial o argumento de preservação da ordem e repressão às insurgências.

4.4 Legislação extravagante no período pré-abolição e pré-república

Em relação à realidade escravocrata do país, a construção legislativa seguiu, no ano seguinte à edição do Código Criminal do Império, com a proibição do comércio negreiro, a imposição de pena aos importadores de escravos e a declaração de liberdade aos escravos vindos de fora do Império.

A Lei nº 7, de 1831 (BRASIL, 1831), Lei Diogo Feijó, integrou as chamadas leis de emancipação, editadas para atender aos interesses e à pressão exercida pela Inglaterra, que, em expansão, requisitava mercado consumidor livre e assalariado. Com roupagem ficta do ideal abolicionista, diante de caráter apenas simbólico, simplesmente “não pegou” e, por conseguinte, não pôs fim ao tráfico negreiro. Além de não impedir o tráfico de almas⁶, por permanecer arraigada à essencialidade da importação do negro para a manutenção da economia agrícola, fomentou o tráfico ilegal de escravos, o qual se tornou muito lucrativo.

Também desse momento histórico é a Lei nº 4, de 10 de junho de 1835, que tipificou e puniu uma conduta imputada exclusivamente aos escravos e, conseqüentemente, aos negros, passível de pena de açoite ou de morte aos escravos, a depender do grau da agressão, qual seja: matar, ferir gravemente ou cometer qualquer ofensa física “a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morarem, a administrador, feitor e às suas mulheres, que com elles viverem” (BRASIL, 1835).

Aqui estampou-se a seletividade racial, em um contexto que, em comparação com o Código Criminal em vigor, desvelou-se a disparidade legal com base na diferenciação racial: se para o homicídio simples praticado por qualquer do povo a pena era de galés, perpétua ou de prisão com trabalho, portanto, mais branda, para o escravo negro restavam penas mais severas, inclusive corporal.

⁶ Expressão usada pelo historiador Manolo Florentino (1997) para descrever o tráfico de escravos no Brasil – o principal negócio comandado pela elite empresarial brasileira.

Não bastava atingir a corporalidade negra, era preciso traficar sua alma, de modo que “o peso econômico do tráfico e de seus agentes pode ajudar a explicar como, apesar das pressões da mais poderosa economia da época, foi possível ao comércio de almas subsistir oficialmente até 1830, e de maneira ilegal até meados do século XIX” (FLORENTINO, 1997, p. 211). A pressão externa para o fim da escravidão repercutiu de forma tão lenta que só em 1850, dentre as medidas para a repressão do tráfico de africanos, foi promulgada a Lei Eusébio de Queiroz (nº 581, de 4 de setembro de 1850, marco final do período denominado por Clóvis Moura como escravismo pleno, que se deu desde a “colonização”, lapso no qual se estruturou o modo de produção escravista com todas as características essenciais que determinaram “o comportamento básico das classes fundamentais: senhores e escravos” (MOURA, 2014, p. 35-36). A ideia central foi a reexportação dos escravos para a origem, mas a previsão de uso dos “africanos livres” para trabalhar e servir ao Governo demonstra a inexistência de intenção emancipatória, mas tão somente atender à pressão inglesa. Prova de que não houve a reexportação e que o “africano livre”, de fato, era um escravo, foi a edição dos seguintes decretos: 1) Decreto nº 1.303, de 28 de dezembro de 1853, chamado Primeiro Decreto dos Africanos Livres, emancipador dos “africanos livres” que trabalhavam para particulares após 14 anos de serviço; 2) Decreto nº 3.310, de 24 de setembro de 1864, chamado Segundo Decreto dos Africanos Livres, que emancipava “africanos livres” que trabalhavam no serviço público, em sistema de liberdade vigiada e sujeito à curatela.

Ao tempo, o tráfico de pessoas já era condenado em todo o mundo e, apesar da citada legislação, o tema emancipação civil dos escravos permaneceu sem abordagem. O último registro de importação de escravos no Brasil é datado de 1855 e, “com a extinção do tráfico, inicia-se um processo de modernização sem mudança social na sociedade escravista” (CARVALHO; DUARTE, 2017, p. 115). É a fase do escravismo tardio de Clóvis Moura (2014), marcada pelo cruzamento das relações capitalistas em cima de uma base escravista, que perdurou até 1888, assim descrita:

“Foi uma fase caracterizada pelo declínio do modo de produção escravista, considerado uma verdadeira excrecência econômica e social nas regiões onde o capitalismo estava mais desenvolvido. O fim do tráfico eliminou a possibilidade de aquisição, em grande escala, de mão de obra servil. A consequência foi o seu encarecimento e agravamento da crise nas províncias do Norte e Nordeste do país. Setores da população livre, inclusive das classes dominantes, começaram a não ver mais perspectiva na manutenção da escravidão e passaram a apostar na sua gradual superação, substituída pelo trabalho livre dos imigrantes europeus. Estavam criadas as condições para o surgimento da campanha abolicionista e a aprovação das primeiras leis

emancipacionistas, como as leis do Ventre Livre (1871) e do Sexagenário (1885)” (MOURA, 2014, p. 28).

Na Europa, vivia-se a segunda fase da Revolução Industrial e, em razão do aumento demográfico e dos conflitos advindos das unificações da Itália e da Alemanha, a emigração foi uma realidade. São dessa época o controle racial, perpetuado pela Lei de Terras (Lei nº 608, de 18 de setembro de 1850) e o início da política pública de branqueamento adotada no País.

Referida lei regularizou a propriedade das terras não ocupadas, que só poderiam ser adquiridas através da compra, em que “o Estado passa a ser mero vendedor, e não distribuidor de terras de acordo com o interesse público” (MOURA, 2014, p. 108). Ainda, inviabilizou o uso das terras não ocupadas pelos escravos, as quais passaram a ser propriedade da União, impedindo qualquer postulação por parte dos escravos que viriam a ser beneficiados com a abolição, e

“[...] afastou o poder público do dever social de doar aos ex-escravos (quando saíssem do cativeiro) parcelas de terras às quais tinham o direito “por serviços prestados” e nas quais pudessem integrar-se, como proprietários, na conclusão do processo abolicionista, criaram-se as premissas de sua marginalização social” (MOURA, 2014, p. 110).

Como parte da política pública de branqueamento, teve-se a concessão de terras a preços irrisórios a imigrantes europeus sob o argumento de substituição da mão de obra negra na crescente lavoura de café por trabalhadores mais qualificados.

Inicia-se, assim, mais uma política flagrantemente racista, materializada na busca de branqueamento ao substituir a negritude pela brancura europeia, embasada na crença de prevalência do elemento branco, impedindo a democratização do uso da terra, mantendo escravos sem nenhum direito e possibilidade de mobilidade, uma população do campo composta por alguns mestiços e negros já livres, sem-terra, e imigrantes possuidores de terras, fechando-se o circuito e “estabelecendo-se a profilaxia que impediria a mobilidade da sociedade brasileira rumo a [...] possibilidades iguais [...]. Depois disto, a Abolição poderia vir sem nenhum susto ou trauma para as classes senhoriais” (MOURA, 2014, p. 120).

4.5 Política pública de branqueamento: imigração e miscigenação

Não obstante a tida legitimidade científica da teoria de Nina Rodrigues, seu radicalismo desalinava-se da corrente principal do pensamento brasileiro, posto que, para as

elites, o projeto modernizador que garantiria seu poderio estava vinculado à inferioridade da raça negra e índia e o porvir pertencente à raça branca, concebendo a imigração e a mestiçagem como amortecedores dos conflitos sociais:

“A elite “pensante” do País tinha a clara consciência de que o processo de miscigenação, ao anular a superioridade numérica do negro e ao alienar seus descendentes mestiços graças à ideologia de branqueamento, ia evitar os prováveis conflitos raciais conhecidos em outros países, de um lado e, por outro, garantir o comando do País ao segmento branco” (MUNANGA, 2008, p. 75).

Através da fórmula “imigração + miscigenação = branqueamento” estava previsto o desaparecimento gradual do negro e da questão racial, “antecipando-se sua gradual desaparecimento” (HASENBALG, 2005, p. 69). As facetas da política pública de branqueamento assim estavam dispostas: ao passo que “o recurso à mestiçagem era mais uma fórmula pragmática que procurava desarticular o índio e o negro, afastando-os enquanto grupo diferenciado, para integrá-los à sociedade brasileira novamente de forma tutelada” (CARVALHO; DUARTE, 2017, p. 69), o branqueamento por meio da miscigenação foi adotado com esteio nas diferenças raciais defendidas por Nina Rodrigues e propagado como algo bom e promissor para o País, de modo que a mistura das raças resolveria as tensões e o embranqueceria, não gerando, “necessariamente, ‘degenerados’, e poderia forjar uma população mestiça saudável que se tornaria cada vez mais branca, tanto cultural quanto fisicamente” (SKIDMORE, 2012, p. 111).

Tem-se, pois, a saída brasileira para o problema étnico: fundir para integrar e eliminar as raças inferiores - o mestiço, de raça degenerada, que “prestou serviços importantes à classe dominante; durante a escravidão, foi ele capitão-do-mato, feitor e usado noutras tarefas de confiança dos senhores” (NASCIMENTO, 2016, p. 20), seria alçado como símbolo da nossa democracia racial e a eugenia se encarregaria do aperfeiçoamento e embelezamento da raça (FLORES, 2007, p. 327) .

Se “a raça negra no Brasil [...] há de se constituir sempre um dos fatores da nossa inferioridade como povo” (RODRIGUES, 1945, p. 28), essa inferioridade ficaria compensada pelo mestiçamento, o que levou Nina Rodrigues a categorizar os mestiços em tipo superior, degenerado e instável. Para ele, enquanto o primeiro grupo era constituído de poucos mestiços excepcionais, inteiramente responsáveis, o segundo era composto por degenerados irresponsáveis e o último por índios e negros, para os quais deveria ser aplicada a responsabilidade atenuada (RODRIGUES, 1957, p. 215).

Atente-se para o critério diferencial: as características fenotípicas, de modo que, quanto mais negroide, menor o grau de responsabilidade e de qualidades morais ou intelectuais.

Imbuído das ideias positivistas, para Nina Rodrigues as raças inferiores, como a negra, com sua impulsividade primitiva, fonte e origem de atos violentos e antissociais, somente poderiam ser diluídas com o cruzamento com as raças cultas civilizadas, possuidoras de ordem moral mais elevada (RODRIGUES, 1957, p. 30):

“Considero a reversão atávica uma modalidade orgânica que, quando corporizada na inadaptação do indivíduo à ordem social adotada pela geração a que ele pertence [...] constitui a criminalidade normal ou ordinária” (RODRIGUES, 1945, p. 273).

“Considero pouco provável que a raça branca consiga fazer predominar o seu tipo em toda a população brasileira [...] à população mestiça está reservada a missão de levar consigo, na sua lenta expansão demográfica, a civilização e a cultura europeia ao extremo norte e ao oeste” (RODRIGUES, 1957, p. 35-40).

“A Criminologia defendida por Nina forneceu a legitimidade científica ao nosso controle racial” e “seus discípulos deram seguimento à política assimilacionista que fundou a farsa do nosso paraíso racial” (GÓES, 2016, p. 281/283). Isso porque “o ideal de branqueamento [...] se apresent[ou] como um antirracismo que preconiza a mistura inter-racial” (D’ADESKY, 2009, p. 173), mas em si constitui uma vertente do racismo universalista, estruturado na submissão de “grupos étnicos à assimilação de um modelo cultural preferencial e à homogeneização racial, em que o tipo-ideal branco tem a primazia por estar situado no topo de uma escala de valores, supostamente única e absoluta” (D’ADESKY, 2009, p. 173).

Em verdade, a adotada política pública camuflava conflitos raciais, que permaneceram e foram silenciados, o que foi denunciado por Clóvis Moura (1981). Para o estudioso, “esse silêncio foi construído tanto pelo discurso racista do branqueamento quanto pelo discurso que comemorou a mestiçagem como sintoma da conciliação cultural e política do país” (CARVALHO; DUARTE, 2017, p. 116).

Pior, o fomento à mestiçagem não impediu que as práticas racistas se perpetuassem.

Assim, a miscigenação nascia como expoente da necessidade concreta da supremacia branca, com a seguinte peculiaridade: enquanto as elites se firmavam na herança favorável ao branco através da emigração europeia e da transformação dos caracteres negativos da sociedade brasileira, Nina Rodrigues empretecia a criminalidade para alertar

sobre o perigo da herança criminoso (negra ou selvagem) que sobrevivia no mestiço (CARVALHO; DUARTE, 2017, p. 66).

4.6 Finalizando a legislação extravagante da pré-abolição

O 2º Ato Oficial Complementar, formalizado através do Decreto 1.331-A, de 17 de fevereiro de 1854, vem ao encontro da citada política racial ao proibir a frequência de portadores de moléstias contagiosas, não vacinados e escravos nas escolas, vedando paulatinamente a ascensão social do negro, mantendo-o subjugado. Até mesmo a liberação de escravos para o embate na Guerra do Paraguai (1864-1870) foi embasado na política racista e de branqueamento. Por meio do Decreto nº 3.725-A, de 6 de novembro de 1866, escravos negros foram recrutados para servir ao exército e lutar, tendo essa ordem se estendido às esposas negras. Em verdade, foram enviados para lutar no lugar dos filhos dos senhores de escravo e a história registra a promessa “de boca”, por parte do Movimento Abolicionista, da benesse da alforria quando do retorno. O resultado foi, em uma década, o genocídio direto de mais de cem mil de negros e indireto na soma de um milhão:

“Não apenas pela participação no contingente ativo que, via de regra, era utilizado como “bucha de canhão”, mas também pelo efeito sobre a população ocupada internamente com o aumento da quantidade de trabalho, que quase dobrou, pelo número de mortes decorrentes, das sublevações contra o alistamento compulsório, das moléstias contagiosas causadas pelo confinamento, e pelo desgaste com a viagem. Enfim, a guerra representou um processo brutal de arianização do Império, diminuindo os 45% de negros na população total em 1860 para 15% após a referida guerra. Assim, enquanto a população branca cresceu 1.7 vezes, a negra diminuiu 60%, a contar-se dos quinze anos próximos à guerra” (DUARTE, 2011, p. 173). (grifo nosso)

Nesse contexto, “com uma economia essencialmente agrícola que continuava a tolerar a escravidão, apesar do fim do tráfico negreiro em 1850” (SKIDMORE, 2012, p. 37), restava patente a estratégia de dominação no processo de “modernização” do sistema escravista, onde as elites brasileiras “procuravam, nesse processo de transição sem mudança social, reordenar seus interesses e os níveis de prestígio que poderiam ser ameaçados” (MOURA, 2014, p. 147), sendo a legislação um instrumento essencial.

A Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871, conhecida como a Lei do Ventre Livre, declarou libertos os filhos de escravas, com providências para sua criação e tratamento dos infantes, tais como: a) menores em poder e autoridade do senhor de sua mãe até 8 anos de idade; b) aos 8 anos, o senhor poderia optar por ser indenizado pelo governo ou usar o escravo até os 21 anos completos; c) no caso de alienação da mãe escrava, os filhos

menores de 12 anos a acompanhariam e o novo senhor permaneceria com os mesmos direitos do antecessor; d) menores cedidos ou abandonados pelos senhores de escravo seriam entregues pelo governo para associações, as quais teriam direito ao serviço gratuito do menor até os 21 anos completos, podendo, inclusive, alugar esse serviço. Travejada de caráter abolicionista, na prática, “o ‘*status libertatis*’ concedido ao filho de mulher escrava subordinava-se a condições tais que, na prática, pouco progresso se obteve no sentido da emancipação civil dos escravos” (SILVA, 1994, p. 107). Na maioria das vezes, os filhos de escravas eram mantidos como escravos de fato, de modo que “seriam necessários pelo menos mais duas gerações para que todos os negros fossem emancipados por essa via; além do mais, não modificava muito – concretamente – a situação dos nascituros até que tivessem 21 anos (completos) de idade” (SILVA, 1994, p. 108).

Em meio à campanha abolicionista, a atenção se voltava para a possibilidade de revoltas e insurgências e a Lei nº 3.270, de 28 de setembro de 1885, conhecida como a Lei dos Sexagenários, teve como objetivo regular a extinção gradual do elemento servil, já que a mão de obra europeia vinha sendo importada e já era usada nas lavouras em substituição à mão de obra escrava. Determinada a libertação dos escravos maiores de 60 anos, estes permaneciam, por três anos, prestando serviços ao senhor, a título de indenização. Ademais, a liberdade era mitigada pela vigilância expressa em lei: obrigação de labor, permanência na província de domicílio pelo prazo de cinco anos, sob pena da sua ausência ser considerada vagabundagem passível de condenação a trabalhos forçados.

Tanto a Lei do Ventre Livre como a Lei dos Sexagenários foram usadas para protelar a abolição e serviram aos interesses da elite imperial, “na formação do teatro de aristocracia benevolente e de resposta às fortes pressões inglesas, enquanto os trabalhadores europeus eram trazidos e as elites brancas ganhavam tempo na construção do novo caráter racial do país” (FLAUZINA, 2006, p. 62). Apesar do cenário, voltado para as formas de trabalho livre e para a geração de mercado consumidor, apontar para a premente e inevitável abolição da escravatura, a elite branca adiou o tempo que pode o evento abolidor e, enquanto isso, preparou as condições para “o descarte desses indesejáveis” (FLAUZINA, 2006, p. 68).

O Conde Arthur de Gobineau, que permaneceu no Brasil entre 1869 e 1870, julgou o País como um local culturalmente atrasado e descreveu a população como “totalmente mulata, viciada no sangue e no espírito e assustadoramente feia” (FLORES, 2007, p. 324), e mostrou-se céptico quanto ao futuro da América do Sul, onde, para ele, “os cruzamentos

raciais e a degradação de grupos europeus levariam à irremediável decadência” (FLORES, 2007, p. 324). Thomas Skidmore traz a visão de mais um estrangeiro, Louis Couty, que, em 1884, atribuiu à “colonização pelos africanos escravizados [...] todos os males do Brasil” (SKIDMORE, 2012, p. 72), apontando para a colonização por homens livres da Europa como o único remédio para o Brasil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da cunhada “Criminologia do preconceito”, utilizada como referencial para a conexão criminológica do etiquetamento com a marginalização do segmento negro, foi realizado um apanhado da internalização do positivismo criminológico no Brasil e da legislação penal do Brasil desde as Ordenações do Reino até a legislação do período pré-abolição e pré-república, que coadunam com a consolidação de um controle social permeado pela reprodução de desigualdades.

A conexão da legislação com a própria história brasileira, baseada em uma ordem escravocrata, aponta para a inserção do discurso racista como elemento constitutivo do sistema penal brasileiro: com o reconhecimento da escravidão da Constituição de 1824; a sua manutenção e a diferenciação de penas, inclusive corporais exclusivamente para os para escravos no Código Criminal do Império de 1830; a seletividade racial estampada na Lei nº 4/1835, com sujeito passivo exclusivamente escravo e pena de morte; a vedação à ascensão social do negro através do Decreto 1.331-A/1854, que proibiu a frequência escravos nas escolas, sendo eles comparados aos portadores de moléstias contagiosas; o recrutamento de escravos e suas esposas via Decreto nº 3.725-A/1866 para lutar no lugar dos jovens brancos na Guerra do Paraguai; A Lei do Ventre Livre, que travestida de caráter abolicionista subordinava-se a condições que quase inviabilizaram a emancipação civil dos escravos; a Lei dos Sexagenários que em verdade ficou a cargo da extinção gradual do elemento servil, atrelada à política de branqueamento e fomento à imigração europeia em substituição à mão de obra escrava.

A compreensão da sociedade humana perpassa a realidade histórica e é através dela que se pode pensar o direito com racionalidade, de modo que a presente análise, envolvendo a construção legislativa sob a perspectiva racial, permite maior reflexão acerca dessa racionalidade do direito brasileiro na criminalização e segregação do povo negro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ALVAREZ, Marcos César. A Criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. *Dados Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 45, nº 4, p. 677-704, 2002.

ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal do Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil: 25 de março de 1824*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. Código Penal (1830): *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. *Lei de 7 de novembro de 1831*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-7-11-1831.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. *Lei de 4 de junho de 1835*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim4.htm#:~:text=LIM%204&text=LEI%20N%C2%BA%204%20DE%2010%20DE%20JUNHO%20DE%201835.&text=Determina%20as%20penas%20com%20que,estabelece%20regras%20para%20o%20processo. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. *Lei nº 581 de 04 de setembro de 1850*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim581.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%20581%2C%20DE%204%20DE%20SETEMBRO%20DE%201850.&text=Estabelece%20medidas%20para%20a%20repress%C3%A3o%20do%20tr%C3%A1fico%20de%20africanos%20neste%20Imperio. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. *Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. Decreto nº 1.303, de 28 de dezembro de 1853. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1303-28-dezembro-1853-559276-publicacaooriginal-81405-pe.html#:~:text=Declara%20que%20os%20Africanos%20livres,o%20destino%20dos%20mesmos%20Africanos>. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 1.331-A, de 17 de fevereiro de 1854*. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1331-a-17-fevereiro-1854-590146-publicacaooriginal-115292-pe.html>. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 3.310 de 24 de setembro de 1864*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3310-24-setembro-1864-555076-publicacaooriginal-74160-pe.html#:~:text=Concede%20emancipa%C3%A7%C3%A3o%20a%20todos%20os%20Africanos%20livres%20existentes%20no%20imperio>. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 3.725-A, de 6 de novembro de 1866*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3725-a-6-novembro-1866-554505-publicacaooriginal-73127-pe.html#:~:text=Hei%20por%20bem%20Ordenar%20que,mesmo%20beneficio%20%C3%A1s%20suas%20mulheres>. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. *Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. *Lei nº 3.270, de 28 de setembro de 1885*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3270.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

BUENO, Francisco da Silveira (Org.). *Dicionário Escolar do Professor*. Brasília: Ministério da Educação e Cultura, 1963.

CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais*. São Paulo: Saraiva, 2017.

D'ADESKY, Jacques. *Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismos e antirracismos no Brasil*. 2. reimp. Rio de Janeiro: Pallas, 2009.

DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia e racismo: introdução à criminologia brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. São Paulo: Globo, 2008.

FERNANDES, Florestan. *Significado do protesto negro*. São Paulo: Fundação Popular/Perseu Abramo, 2017.

FERRI, Enrico. *Princípios do Direito Criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FLORENTINO, Manolo. *Em costas negras: uma história do tráfico de escravos entre a África e o Rio de Janeiro (séculos XVIII e XIX)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

FLORES, Maria Bernadete Ramos. Tecnologia e estética do racismo: ciência e arte na política da beleza. Chapecó: Argos Editora Universitária, 2007.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Gusmão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GARÓFALO, Rafael. *Criminologia*. Nápoli: Fratelli Bocca, 1891.

GÓES, Luciano. *A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da Criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Tradução de Patrick Burglim. 3. ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2005.

IANNI, Octavio. *Raças e classes sociais no Brasil*. 3. ed. revista e acrescida de novos capítulos, 1987. 1ª reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 2004. 356p.

LOMBROSO, Césare. *O homem delinquente*. Tradução de Maria Carlota Carvalho Gomes. Porto Alegre: Rivardo Lens, 2001.

MATOS, Gisele Gomes; SANTOS, Pedro Sérgio dos. O sistema de justiça penal brasileiro a partir de uma perspectiva teórico-racial da legislação e da prisão. In: MATOS, Gisele Gomes; SANTOS, Pedro Sérgio dos (Orgs.). *Pena e segurança pública: cidadania e a crise do sistema punitivo*. Goiânia: Ilumina, 2018. p. 199-228.

MOURA, Clóvis. *Dialética radical do Brasil negro*. 2. ed. São Paulo: Anita Garibaldi, 2014.

MUNANGA, Kabengele. *Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra*. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. São Paulo: Publifolha, 2000. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetaileObraForm.do?select_action=&co_obra=1835. Acesso em: 5 jul. 2017.

NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio brasileiro: processo de um racismo mascarado*. 3. ed. São Paulo: Perspectivas, 2016.

NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

RODRIGUES, Nina. *Os africanos no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1945.

RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. 2. ed. Salvador: Progresso, 1957.

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. *As ideias de defesa social no sistema penal brasileiro: entre o garantismo e a repressão (de 1980 a 1940)*. 161 f. Tese (Doutorado em História da Ciência) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Nem preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociabilidade brasileira*. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

SILVA, Jorge. *Direitos civis e relações raciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Luam, 1994.

SKIDMORE, Thomas. *Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SULOCKI, Victoria-Amália de Barros Carvalho G. de. *Segurança pública e democracia: aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. (Coleção Pensamento Criminológico).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.