

“Casas de correcção” ou “casas de corrupção”? Os juristas e a questão penitenciária no Brasil (1830–1984)^{1*}

Ricardo Sontag

Um olhar histórico-jurídico sobre a questão penitenciária. Introdução

“Seria necessário aportar as penas sobre os mesmos objetos dos delitos. Pois bem, o comitê escolheu um plano completamente diferente, de modo que, que se eu traí meu país, encarceram-me; se eu matei meu pai, encarceram-me; todos os delitos imagináveis são punidos da mesma maneira uniforme. Ora, eu pergunto: que espécie de relação o comitê coloca entre essa maneira uniforme de punir a impressionante diversidade dos delitos que podem ser cometidos pelos homens em sociedade. Parece que eu estou vendo um médico que, para todos os males, tem o mesmo remédio” (Chabroud, France, 1791)².

1 Este trabalho foi realizado nos contextos do projeto de pesquisa “História do direito penal brasileiro em perspectiva comparada entre os séculos XIX e XX” (Edital Demanda Universal 01/2017 FAPEMIG) e dos projetos de pesquisa internacionais “L’influence de la révolte positiviste sur le droit pénal au tournant des XIXe et XXe siècles: un état des lieux en Europe et en Amérique latine”, validado pelo GERN (Groupe Européen de Recherche sur les Normativités), e “Las influencias extranjeras en la codificación penal española: su concreto alcance en la parte especial de los códigos decimonónicos” (ref. DER2016-78388-P, Ministerio de Economía y Competitividad, Espanha). Agradeço a Gabriella Mena Ogusku pela organização dos anexos e a Leonardo Thebit pela colaboração na normalização das referências bibliográficas.

2 No original, em francês: “il faudrait faire porter les peines sur les mêmes objets que portent les délits. Hé bien, le comité prend un tout autre plan, de manière que si j’ai trahi mon pays, on m’enferme; si j’ai tué mon père, on m’enferme; tous les délits imaginables sont punis de la manière la plus uniforme. Or, je demande quelle espèce de rapport le comité met entre cette manière uniforme de punir l’étonnante

Ricardo Sontag

Esta foi a manifestação do deputado Jean-Baptiste-Charles Chabroud na Assembleia Nacional da França em 30 de maio de 1791 na condição de relator quando das discussões acerca do projeto de código penal apresentado por Michel Le Peletier de Saint-Fargeau.

Exatamente esse trecho foi retomado por Michel Foucault em seu *Vigiar e Punir* para explicar a passagem da pena-representação para a centralidade do cárcere no início do século XIX. No caso da pena-representação, o crime deve estar, de certa forma, estampado no próprio tipo de punição. O exemplo mais banal: para os crimes cometidos por “avareza” e “cupidez”, uma pena pecuniária seria muito adequada (exatamente a situação mencionada, aliás, pelo próprio Chabroud na continuação do fragmento citado acima). Penas análogas ao crime, conforme teorizado por um Cesare Beccaria ou por um Jeremy Bentham³. Exatamente por isso, múltiplas e, ademais, quanto mais visíveis, melhor, mesmo que fosse necessário evitar o velho espetáculo dos suplícios⁴. O cárcere, ao contrário, tenderia à uniformidade (mesma pena com variação somente no tempo de confinamento) e à invisibilização do seu cumprimento. Segundo Foucault (1991, p. 104-105), o projeto Le Peletier teria prometido um sistema baseado na clássica teoria da pena-representação oriunda do final do século XVIII, mas teria escorregado rapidamente na direção de outro modelo, o carcerocêntrico.

Em 1891, o jurista brasileiro Eduardo Teixeira de Carvalho Durão criticou o recém-promulgado código penal de 1890 dizendo que o seu autor “estabeleceu uma pena única, a prisão celular... fazendo lembrar certos charlatães que pretendem curar todas as moléstias com um único medicamento” (Solus⁵, 1891, p. 211). Não é uma citação direta de Chabroud, mas poderia ser uma paráfrase.

Em 1980, a epígrafe do livro do jurista René Ariel Dotti que pretendia propor alternativas para o sistema de penas brasileiro era justamente o já referido fragmento do deputado Chabroud (extraído não dos Arquivos Parlamentares franceses ou algo parecido, mas do livro *Vigiar e Punir* de Foucault).

Esse fragmento de Chabroud –citado ou pseudo-parafraseado– parece-me uma boa janela de entrada para o problema que eu gostaria de abordar se ele for concebido como um ritornelo: uma repetição que conhece variações. As variantes são, principalmente, os debates específicos de cada momento. Mais genericamente, são os contextos, que o historiador não deve deixar escapar mesmo diante de uma aparente monotonia. Na condição de historiador do direito, interessam-me em particular os contextos jurídicos⁶. Por esse motivo, pretendo me concentrar na maneira como o problema da pena de prisão se colocava, em

diversité des délits qui peuvent être commis par les hommes en société. Il me semble, à moi, voir un médecin qui, pour tous les maux, a le même remède”.

3 Sobre esse tema, peço licença para remeter ao que já pude escrever em Sontag (2008).

4 Cujo sentido, porém, nem sempre se esgotava na mera ostentação pública da dor. Muitas vezes, o que estava em jogo, era muito mais uma espécie de teatro sacro, que envolvia penitência e redenção da alma. Para o caso italiano, cf. Adriano Prosperi (2013).

5 A crítica era tão virulenta que Durão preferiu assinar o artigo com o pseudônimo “Solus”.

6 Para essa maneira de definir as fronteiras –porosas– da história do direito, cf. Heikki Pihlajamäki (2015, p. 58-59).

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

linhas bastante gerais, entre os juristas brasileiros no largo período que vai de 1830 até 1984. Qual foi a atitude dos juristas brasileiros diante da pena carcerária? Que tipo de questões eram postas ao tratar desse tema? A partir desses pontos de partida, eu gostaria de esboçar alguns traços gerais da história da própria configuração do saber jurídico-penal no Brasil. O modo como os juristas se colocavam diante da pena de prisão nos permite perscrutar, por exemplo, a estrutura e a dinâmica dos livros de comentários ao primeiro código criminal brasileiro promulgado em 1830⁷. Avaliando os tipos de questões colocadas na abordagem da pena carcerária, é possível entrever o nascimento de ramos disciplinares novos, especialmente a partir do início do século XX, e, mais ainda, na segunda metade, bem como diferentes maneiras de criticar o encarceramento.

Além disso, tais juristas não tiveram diante de si um objeto rigorosamente idêntico durante todo o período que vai de 1830 até 1984. Para ficar somente nas mudanças legislativas de direito material (isto é, sem contar os aspectos processuais), o código de 1830 transforma significativamente, como veremos, a panóplia punitiva do velho império luso-brasileiro. Mais tarde, com os códigos penais de 1890, de 1940 e com a reforma de 1984, o sistema de penas (e, portanto, o cárcere) sofrerão, ainda, alterações. Será do nosso interesse, em particular, avaliar as transformações no “peso” do carcerocentrismo e algumas mudanças no modo de execução legalmente previsto para a pena prisional no sistema de cada código. Além disso, para mencionar somente mais uma variação importante, dessa vez fora dos códigos, vale lembrar a regulamentação da execução penal através da lei nº 7210 de 11 de julho de 1984, que é o outro motivo pelo qual decidi adotar o ano de 1984 como marco cronológico final aproximado do nosso percurso. Naturalmente, os marcos legislativos, aqui, são importantes porque a minha abordagem é histórico-jurídica, todavia, tais balizas devem ser entendidas em um sentido fraco: elas são somente momentos –importantes para o direito legalista moderno⁸– de processos mais amplos. Leis só seriam começos ou finais absolutos em uma análise que assumisse o legalismo moderno como parâmetro metodológico da pesquisa, que é o que pretendo evitar aqui, mesmo reconhecendo a relevância do texto legislativo neste momento específico da história do direito.

Os dois planos sobre os quais eu gostaria, então, de me debruçar são: i) a história dos marcos normativos acerca da pena de prisão e ii) a atitude das elites (principalmente no âmbito especificamente jurídico) a respeito da questão penitenciária.

No segundo caso, poderemos nos debruçar sobre as críticas à pena prisional, onipresentes durante todo o nosso lapso de tempo. Todavia, os sentidos de tais críticas não são sempre idênticos, não pressupõem a exata mesma realidade e se conectam com projetos jurídicos distintos. Tendo em vista que estamos falando de mais de um século de história, todos esses pontos serão abordados de

7 Nesse aspecto da primeira parte deste escrito, eu retomo o que eu já pude desenvolver em Sontag (2016).

8 Sobre o legalismo moderno, cf. as instigantes páginas do historiador do direito Paolo Grossi (2007).

Ricardo Sontag

maneira, naturalmente, sintética e a menção às fontes, em regra, será exemplificativa. Porém, somente esse olhar para um período mais amplo permitiria ensaiar certas hipóteses que, talvez, valha a pena perseguir na continuidade desta pesquisa a partir da ampliação do leque de fontes a ser analisado. Ou seja, o verbo “ensaiar” no sentido de experimentação. Este texto, portanto, tem algo de “ensaístico”, e eu agradeço aos organizadores deste livro pela oportunidade que me deram de elaborar este ensaio.

Por fim, a contribuição deste experimento, portanto, coloca-se no âmbito histórico-jurídico, que é um dos campos em que ainda parece possível acrescentar algo à rica historiografia da prisão brasileira⁹, mesmo com todos os limites de certo ensaísmo e do caráter exemplificativo das fontes mobilizadas.

9 De toda essa rica historiografia, no âmbito da história social das prisões no Brasil, vale a pena destacar os dois volumes organizados por Maia, Sá Neto, Costa e Bretas (2009); e, com uma análise foucaultiana, a pesquisa de Motta (2011), com todos os limites, inclusive, de uma análise foucaultiana que pretende abordar a “razão punitiva” através do “nascimento da prisão no Brasil”, mas que ignora os discursos dos principais depositários de tal “razão”: os livros jurídicos. Naturalmente, a busca pela “razão punitiva” em outros âmbitos é digna de encômios, mas tal recorte indica uma limitação desse tipo de abordagem para uma história do direito. Para uma crítica da perspectiva foucaultiana de um ponto de vista histórico-jurídico, cf. a resenha de *Vigiar e Punir* escrita nos anos 1970 pelo historiador do direito Mario Sbriccoli (2009a). No âmbito histórico-jurídico –deixando de lado as introduções históricas de manuais e tratados de direito penal e os textos mais antigos, que mereceriam uma análise específica– vale mencionar, ainda, três textos monográficos recentes. A interessante pesquisa de Rodrigo Roig (2013, 1ª edição de 2005) analisou todos os regulamentos, projetos e leis relativos à execução penal no Brasil nos séculos XIX e XX, cobrindo bem uma parte do objeto deste trabalho. Contudo, parece-me possível dispensar uma maior atenção aos textos doutrinários que gravitavam ao redor das leis e projetos analisados prioritariamente por Roig, que é o que pretendo começar a fazer aqui, o que talvez nos ajude, também, a escapar da perspectiva, a meu ver, demasiado continuísta de Roig. Os trabalhos de Cláudio do Prado Amaral (2012; 2016), no que diz respeito à prisão enquanto pena, são demasiado panorâmicos, mas, acerca da execução penal, propõem uma tese interessante: durante muito tempo, o condenado foi considerado uma espécie de “objeto” e só mais recentemente ele teria se tornado um “sujeito de direitos” (no fundo, uma transformação já sugerida pela pesquisa de Roig, mas Amaral utilizou a expressão no título do artigo de 2012 e no título de um dos capítulos do livro de 2016, por isso seria de se esperar que o ponto ganhasse mais relevância). Dois problemas se colocaram, porém: a tese continuou parcamente documentada e, além disso, o próprio Amaral acaba diluindo essa interessante diferença em uma reconstrução histórica insistentemente continuísta. O historiador do direito António Manuel Hespanha (p. 13–30 e p. 48–67) criticou o continuísmo na história do direito como uma narrativa que tende a legitimar o presente. No caso de Roig e de Amaral, porém, estamos diante de uma espécie de “continuísmo crítico”, em que a crítica é praticada como uma espécie de “denúncia” da presença do passado no presente, que é o foco de ambos os trabalhos. Um tipo de narrativa historiográfica, talvez, ainda insuficiente para que a espessura própria do passado seja plenamente respeitada, para usar, ainda, os termos de Hespanha. Ainda no âmbito histórico-jurídico, o criminólogo Marcelo Mayórá Alves, em interessante e bem documentada pesquisa sobre os penalistas na época da ditadura militar no Brasil (1954–1988), chegou a dedicar algumas páginas dignas de nota ao problema da prisão no contexto da elaboração do código penal 1969 (Alves, 2016, p. 362–371). Suas conclusões sobre os anos 1960 –desprestígio da prisão como pena e percepção de uma crise carcerária em função das lacunas na regulamentação da execução penal– se encaixam perfeitamente com o que encontrei. O que pretendo fazer é ampliar o leque temporal da análise para permitir aprofundar comparativamente a maneira como a pena carcerária era vista.

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

Em nome da “civilização”. O cárcere como “chave de abóbada” do sistema punitivo (1830–1890)

A “chave de abóbada”

Logo depois da independência do Brasil em relação a Portugal, cujo marco simbólico é 7 de setembro de 1822, um dos principais desafios para as elites do novo Estado foi a remodelação do direito penal.

Que o código penal, em particular, seria uma urgência é possível perceber pelo “Manifesto de Sua Alteza Real o Príncipe Regente Constitucional e Defensor Perpétuo do Reino do Brasil aos Povos deste Reino” de 1º de agosto de 1822. Nessa declaração, o futuro D. Pedro I afirmava que os representantes da nação reunidos em assembleia:

“[d]ar-vos-ham um Código de Leis adequadas á Natureza das vossas circunstancias locais, da vossa Povoação, interesses, e relações, cuja execução será confiada a Juizes íntegros, que vos administrem justiça gratuita, e façam desaparecer todas as trapaças do vosso Foro, fundadas em antigas Leis obscuras, ineptas, complicadas e contradictorias. Elles vos darão um Código penal dictado pela razão, e humanidade, em vez dessas Leis sanguinosas, e absurdas, de que até agora fostes victimas cruentas” (Pedro I, 1822, p. 3).

A constituição de 1824 prometeu que “[o]rganizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade” (art. 179, inc. XVIII). O código criminal ficou pronto já em 1830. O primeiro código civil brasileiro, porém, só viria à luz em 1916. Talvez não seja tão espantoso assim que o código criminal tenha surgido antes do civil tendo em vista que, simbolicamente, o direito penal das velhas Ordenações Filipinas de Portugal assinalava enfaticamente a vinculação do aparato institucional brasileiro a um modelo típico do Antigo Regime. Nada mais inadequado para o novo Estado. O “problema penal”¹⁰, tal como vinha sendo formulado desde o final do século XVIII, era uma passagem obrigatória para que um Estado pudesse colocar-se na constelação de regimes liberais e civilizados.

Em nome da civilidade, a constituição determinou que “desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis” (art. 179, inc. XIX) e que “as Cadêas serão seguras, limpas, e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes” (art. 179, inc. XXI). Como dizia o principal comentarista da constituição de 1824, Pimenta Bueno, “o homem por ser delinquente não deixa de pertencer á humanidade; é de mister que seja punido, mas por modo consentâneo, com a razão, proprio de leis e do governo de uma sociedade civilizada” (1857, p. 418).

10 Sobre o assunto, cf. o clássico artigo de Giovanni Tarello (2011).

Ricardo Sontag

Uma das principais características do velho direito penal, muito bem estampado nas Ordenações Filipinas (que remontam ao século XVII), é a diversidade do instrumental punitivo: confisco, morte, prisão, degredo, banimento, multas, dentre outras. Uma diversidade que se relaciona com a necessidade de oferecer ao juiz uma ampla gama de possibilidades –em termos quantitativos e qualitativos– para que ele pudesse, através do prudente exercício do seu arbítrio, encontrar soluções adequadas ao caso concreto¹¹.

Com o código criminal de 1830, a pena de prisão ganharia, efetivamente, uma centralidade até então inédita. Antes da modernidade, os juristas costumavam ver o confinamento, na esteira de uma antiquíssima tradição¹², como uma boa medida cautelar a ser utilizada durante o processo, mas não tanto como uma ótima pena¹³. “A prisão foi introduzida mais para a segurança do Réo, que para a pena do seu delicto” (1800, p. 55), dizia o jurista português Joaquim José Caetano Pereira e Sousa em seu livro *Primeiras linhas de processo criminal*, cuja primeira edição data de 1785 (Barahona, 2014, p. 3). Em nota a essa mesma passagem, Pereira e Sousa esclarece que a prisão “às vezes he applicada como pena civil” (Sousa, 1800, p. 55). Como pena, ela era, portanto, excepcional. O código de 1830 é um marco, exatamente, da mudança dessa lógica: o cárcere passa a ser visto como uma punição muito adequada para as novas concepções jurídico-penais por ser, em tese, ao mesmo tempo disciplinadora e humana¹⁴. Nesse sentido, a historiografia já vem apontando que a centralidade da prisão no sistema penal brasileiro remonta, exatamente, ao código criminal de 1830¹⁵.

A pergunta ulterior que devemos fazer é: em que sentido há uma centralidade da pena carcerária no código de 1830? Ele teria completado a passagem de um sistema baseado na pena-representação para outro carcerocêntrico? O ponto que me parece importante para compreender a história do direito penal brasileiro oitocentista é precisamente a distinção entre o que vemos no código de 1830 –fruto, sim, da nova e moderna visão otimista sobre a pena carcerária– e o carcerocentrismo em sentido forte, que é o resultado de um processo que se desenrola ao longo do século XIX e que, no Brasil, desemboca no código penal de 1890. Em suma, a centralidade da prisão tal qual a imaginamos hoje ainda era um projeto entre 1830 e 1890.

Desse ponto de vista, talvez devamos olhar com cautela, inclusive, a interpretação foucaultiana acerca de uma passagem abrupta da pena-representação para o carcerocentrismo na França do final do século XVIII, pois mesmo o código penal francês de 1810 ainda dispunha de um arsenal punitivo bastante variado: além das penas prisionais, morte, deportação, *carcan*, banimento, degradação

11 Sobre a noção de arbítrio no direito penal pré-moderno, cf. Massimo Meccarelli (1998).

12 Para o caso grego, cf. Stefania Giombini (2015, p. 73-74). Para o romano, cf. Bernardo Santalucia (1994, p. 241).

13 Cf. as referências mencionadas em Sontag (2016, p. 53).

14 Sobre a disciplina no iluminismo jurídico-penal, para além das leituras meramente “humanitárias”, cf. Hespanha (1993).

15 Cf. a historiografia citada em Sontag (2016, p. 46).

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

cívica, interdição de direitos e multa (arts. 7, 8 e 9). Para a pena de morte, inclusive, estava previsto um aparato de execução (arts. 12 e 13) que reiterava a importância da visibilidade das punições, muito diferente da invisibilização típica do carcerocentrismo. Somente mais tarde é que reformas parciais tornarão o sistema de penas francês mais enxuto. De qualquer forma, o trecho de Chabroud citado por Foucault é de grande interesse por revelar perplexidades com um processo, de fato, em curso.

Então, qual era o clima no Brasil às vésperas do código criminal de 1830?

O projeto de código penal apresentado em 3 de junho de 1826 pelo deputado José Clemente Pereira, que abarcava somente a parte geral, previa seis tipos de pena: morte, desnaturalização, trabalhos públicos, degredo, suspensão dos direitos políticos e multa. O projeto completo, apresentado em 16 de maio de 1827, previa quatro: morte, trabalhos públicos, prisão (agora diferenciada) e multa (Macário, 2011, p. 64 e p. 86-87). O projeto do deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos, também apresentado em 1827, previa as seguintes penas: morte, galés, prisão com trabalho, simples prisão, banimento, desterro, infâmia, multa, perda dos objetos do crime, caução e vigilância da justiça (Brasil, 1829, p. 97).

O parlamento deveria, então, escolher um deles para servir como base para a elaboração do primeiro código penal brasileiro. A comissão encarregada de tal escolha optou pelo projeto de Vasconcellos. Um dos argumentos utilizados para essa opção é do maior interesse para o nosso ponto: “[q]ue, para entrar na regular discussão conforme a ordem dos trabalhos, se prefira o [projeto de código criminal] do Sr. Vasconcellos... por [ser] mais munido na divisão das penas, cuja prudente variedade muito concorre para a bem regulada distribuição dellas” (Brasil, 1875, p. 130-131). Efetivamente, dentro dos critérios da pena-representação, alguma “variedade” era importante, pois a punição deveria ser análoga ao crime, isto é, remeter, de certa forma e sempre que possível, a algum aspecto do ilícito no sentido de produzir a desejada exemplaridade, como propunha Cesare Beccaria e como teorizou detalhadamente Jeremy Bentham.

Infelizmente, os deputados não se debruçaram muito sobre essas questões relativas aos fundamentos do sistema de penas, todavia, é possível verificar em que medida essa visão reverberou no resultado final do trabalho, no código criminal aprovado em dezembro de 1830.

Durante os debates parlamentares, a pena mais polêmica foi a de morte, aliás, um dos poucos temas que realmente foram debatidos a fundo, já que a pressa em aprovar o novo código abreviou significativamente o processo legislativo. Apesar dos discursos inflamados que bradavam a inadequação da pena de morte para uma civilização cristã, a maioria dos deputados julgou que ela ainda seria “necessária” (por vários motivos) no contexto brasileiro¹⁶. Outra inclusão importante foi a pena de açoites para escravos sempre que o réu não fosse incurso em algum crime para o qual estava prevista a morte ou galés. Os deputados preferiram alguns poucos dispositivos sobre escravos no código comum do

16 Para uma boa síntese sobre o assunto, cf. Flávio de Albuquerque Neto (2008).

Ricardo Sontag

que um “código negro” em separado¹⁷. Um código da escravidão em separado provavelmente custaria mais em termos simbólicos do que um ou outro artigo disperso no código criminal comum. Tais dispositivos eram o art. 14 sobre castigos moderados do senhor contra os escravos (mas não só contra escravos, o mesmo artigo tratava também de “filhos” e “discípulos”), o art. 60 sobre açoites, o art. 28, inc. 1º, sobre indenização a ser paga pelo senhor em caso de crime cometido pelo escravo e os artigos sobre insurreição escrava (arts. 113, 114 e 115). Vale acrescentar, ainda, que pouco depois seria promulgada a famigerada lei de 10 de junho de 1835 que previa a pena de morte para homicídios ou lesões corporais cometidas por escravos contra os seus senhores ou agregados¹⁸. Mantendo o nosso foco somente no código, além das penas já citadas (morte e açoites, arts. 38 e 60 respectivamente), tínhamos ainda dois tipos de penas carcerárias (prisão simples, art. 47, ou com trabalho, art. 46), galés (art. 44), desterro (art. 52), multa (art. 55), perda do emprego (art. 59), suspensão do emprego (art. 58) e o banimento (art. 50) que, estranhamente, não foi cominado a nenhum crime da parte especial. É evidente que as penas de prisão –em particular a prisão com trabalho– eram as favoritas, muito embora essa diversidade punitiva do código nos permita afirmar que não houve contradição entre a proposta inicial de assegurar uma “prudente variedade” e o resultado final do processo legislativo.

Detalhemos melhor, agora, o tema da preferência pelas penas carcerárias. A contabilização feita por Vivian Chieragati Costa nos permite começar a estabelecer comparações úteis com o código penal subsequente de 1890. Analisando as combinações de cada pena para cada crime na parte especial do código criminal de 1830, Costa elaborou uma tabela –reproduzida no anexo 1– que demonstra claramente a preferência pelas penas prisionais, ainda mais se considerarmos que a privação do exercício dos direitos políticos (art. 53) só aparece para complementar outros tipos de pena (galés, prisão, desterro e degredo). Além disso, o açoite desequilibra o cálculo, pois ele substituíra todas as penas de morte e de galés sempre que o réu fosse escravo. Além disso, poderíamos lembrar, ainda, da já referida lei de 10 de junho de 1835, mas, como estamos tratando somente do sistema codificado, permaneçamos com esses números.

Independentemente dessas ressalvas, se compararmos os cálculos de Costa referentes ao código de 1830 com a mesma contabilização aplicada ao código de 1890 (anexo 2), é possível avaliar a preferência do primeiro código brasileiro pelas penas carcerárias em perspectiva.

No código de 1890, temos aproximadamente 11,44% a mais de penas carcerárias. Um número que, isoladamente, não é tão significativo, muito embora uma das penas não carcerárias (o banimento) tenha sido logo abolida pela pri-

17 Em setembro de 1830, alguns deputados chegaram a defender uma legislação apartada do código para os escravos. Cf. Annaes do Parlamento Brasileiro (Brasil, 1878, p. 497 e a contestação na p. 514). Sobre alguns usos da noção de “código negro” depois do debate sobre o código de 1830, peço licença para remeter a um pequeno texto que escrevi recentemente: Sontag (2017).

18 Sobre esse tema, cf. a detalhada e bem documentada pesquisa de João Luiz Ribeiro (2005). Sobre a relação entre o nascimento da referida lei e uma revolta acontecida em 1833 na região de Carrancas em Minas Gerais, cf. Marcos Andrade (2017).

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

meira constituição republicana de 1891¹⁹. Contudo, existe ainda outra contabilização importante para termos uma ideia mais precisa do “peso” do cárcere no sistema codificado brasileiro do século XIX: avaliar quando penas carcerárias são cominadas de maneira autônoma, isto é, quando os juízes não têm a opção de substituí-la por alguma alternativa que não implicasse o confinamento.

As contabilizações sobre a autonomia de cada tipo de pena (anexos 3 e 4), por sua vez, mostram um avanço mais claro do carcerocentrismo, já que a preferência pela cominação autônoma de outros tipos de punição diminuiu em aproximadamente 18%, isso se não contarmos a queda de todo o regime punitivo excepcional aplicado aos escravos, principalmente a pena de açoites, que era exclusiva para esse tipo de réu e “pesava” significativamente no sistema²⁰.

Os números frios ganham ainda mais vida se levarmos em consideração um aspecto qualitativo: a preocupação em estabelecer parâmetros no próprio código geral acerca da aplicação das penas carcerárias. O artigo 45 do código de 1890 dispunha que

“[a] pena de prisão celular será cumprida em estabelecimento especial com isolamento celular e trabalho obrigatório, observadas as seguintes regras: a) si não exceder de um anno, com isolamento celular pela quinta parte de sua duração; b) si exceder desse prazo, por um periodo igual a 4^a parte da duração da pena e que não poderá exceder de dous annos; e nos periodos sucessivos, com trabalho em commum, segregação nocturna e silencio durante o dia”.

Não havia nada parecido com esse dispositivo no código de 1830²¹.

Durante todo o período imperial (1824-1889), a regulamentação mais precisa da vida nas prisões permaneceu no nível local (Trindade, 2016, p. 140). Muitas vezes, existiam somente os regulamentos dos próprios cárceres (quando existiam). Ou seja, não havia qualquer regime penitenciário unificado para todo o país, muito embora o código criminal fosse único²². O código de 1890 chegou a estabelecer somente parâmetros muito gerais. Uma tentativa que é fruto das discussões em torno da questão penitenciária que se desenvolveu ao longo do século XIX, ou seja, o tema, de fato, ainda estava muito incipiente na década de 1820 para aparecer no código anterior. Apesar de bastante sintético, o código de 1890 já declara uma opção por uma das alternativas excogitadas ao longo do debate penitenciário oitocentista. Então, cruzando o dado quantitativo com esse

19 Sobre a opinião desfavorável do próprio autor do código de 1890 sobre essa pena, e, mais genericamente, sobre os problemas relativos a ela já que, em 1889, a família imperial brasileira tinha sido banida por decreto do recém-instaurado regime republicano, permito-me remeter ao que já pude escrever em Sontag (2018).

20 A abolição da pena pública de açoites aconteceu em 1886 (lei n. 3310) e o regime servil como um todo ruiu em 1888 com a Lei Áurea (e, com ela, naturalmente, em tese, toda a panóplia punitiva direcionada especificamente para os escravos).

21 Também já notaram essa novidade do código de 1890 Cláudio Amaral (2016, p. 116-117), Rodrigo Roig (2013, p. 79) e Nilo Batista (2016, p. 71-72), este último lembrando como certas práticas arraigadas frustravam as pretensões do código.

22 Também percebeu esse importante detalhe Amaral (2016, p. 95). Sobre a regulamentação penitenciária, com foco nos regulamentos mais importantes da época (das Casas de Correção e Detenção da capital federal), cf. Roig (2013, p. 37-77).

Ricardo Sontag

dado qualitativo, é possível afirmar que existe uma diferença que deve ser levada em consideração entre o código de 1830 e o código de 1890 no que diz respeito à história da pena de prisão e do sistema de penas em geral, confirmando o que a historiografia já entrevia *en passant*.²³

Ou seja, talvez seja possível colocar o código de 1830 e o código de 1890 no âmbito da mesma história da consolidação do carcerocentrismo no sistema de penas brasileiro, desde que levemos em consideração que estamos diante de dois extremos claramente distintos dessa história: um que marca o início da preferência pela pena de prisão como pena e outro que marca o momento em que o encarceramento se consolidou como a “chave de abóboda” de todo o sistema punitivo, como chegou a dizer o autor do código de 1890, João Baptista Pereira (1898, p. 265).

Em nome da “civilização”

Como a literatura jurídico-penal brasileira da época, em especial os “comentários ao código”, posicionou-se em relação às penas carcerárias entre 1830 e 1890? Um posicionamento que implica, ainda, em comparações com as outras penas admitidas pelo código criminal de 1830. Se houve a preocupação em se posicionar e como ele foi feito é uma pergunta que pode nos ajudar a esboçar a própria estrutura e dinâmica dessa literatura. Um livro de mero comentário ao código de 1830 voltado para a prática judiciária, em tese, nem deveria se preocupar em avaliar as opções da lei e uma boa parte da literatura jurídico-penal brasileira da época era de comentários.

Os comentaristas mais conhecidos do código de 1830 publicaram seus livros a partir da década de 1850. Mas eu gostaria de começar por dois que não se consolidaram na memória do direito penal brasileiro, talvez, por suas próprias características. Refiro-me ao *Analyse do codigo criminal do Imperio do Brasil* de José Anastácio Falcão e ao “O código criminal explicado ou analyse juridica e philosophica da carta de lei de 16 de dezembro de 1830” de José Maria Frederico de Sousa Pinto e Bernardes Augusto Azambuja, publicados em 1831 e 1832 respectivamente. O segundo, aliás, era uma resposta ao primeiro. Ambos, como qualquer comentário, seguiam a ordem do texto legislativo, porém, o objetivo era apresentar uma avaliação do código recém-promulgado. O propósito avaliativo, assim, era determinante de toda a estrutura do texto: essa é a característica que os tornam, efetivamente, estranhos ao padrão do comentário exegético-aplicativo da lei.

O posicionamento de Falcão sobre a pena de prisão com trabalho é interessante porque, por um lado, ele a considera muito adequada, mas, por outro, acredita que as suspensões, multas e similares é que deveriam cobrir a maior

²³ Cf. as referências historiográficas em Sontag (2016, p. 47). Cf. também Roig (2013, p. 79).

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

parte dos crimes (1831, p. 27–28). Acerca das outras penas, a opinião de Falcão é, em regra, francamente negativa. A pena de trabalhos forçados (galés), por exemplo, segundo ele:

“é horrível e muito ignominiosa, e talvez alguns condemnados preferissem a morte a semelhante pena. Em hum Paiz livre, e Constitucional se é indispensavel que hajao escravos para o Serviço (o que se nega) parece que esta pena deveria somente applicar se aos escravos delinquentes, e não aos homens livres; mas sendo certo que nos Paizes aonde ha menos illustração é preciso conter os homens para não cometerem graves delictos, esta pena poderia talvez bem equivaler á pena de morte ainda mesmo que só fosse applicada por 10 annos: porque na realidade 10 annos de galés he hum Seculo de tormentos” (Falcão, 1831, p. 26–27).

O banimento deveria ser muito excepcional (Falcão, 1831, p. 27)²⁴. Quanto à pena de morte, ela seria pouco exemplar e ineficiente, pois a Toscana²⁵, que a tinha abolido, não padecia de muitos crimes violentos. Em suma, Falcão nutria a esperança de que:

“[q]uando os homens forem mais instruidos, e conhecerem melhor os seus direitos (direitos tão invioláveis, e sagrados, que lhes forão concedidos pela mão do onnipotente), eu estou bem certo, e até intimamente convencido que se reunirão bem depressa para fazer acabar semelhante barbara, iniqua, e affictiva pena” (1831, p. 169).

A pena de açoites para escravos, por sua vez, foi ignorada.

O posicionamento de Pinto e Azambuja acerca do sistema de penas não é muito diferente do de Falcão. Para eles, a prisão com trabalho também é a pena por excelência de sociedades civilizadas, apesar do “lastimozo estado das nossas prisões” (Pinto e Azambuja, 1832, p. 280–283), que é o que as tornavam, muitas vezes, escolas do crime. A crítica, bem se vê, não atinge a pena carcerária em si, nem tampouco a sua posição no sistema legislativo, mas somente o modo como ela vinha sendo executada no Brasil: estamos diante, aqui, de um estilo de crítica à pena de prisão que vai se repetir ao longo do nosso percurso, mas que conhecerá sensíveis modificações, com veremos, no século XX. Ainda a respeito da execução concreta das penas carcerárias, Pinto e Azambuja chegam a mencionar que “[t]odo o rigor exercido contra os sentenciados, alem da pena infligida pela Lei, é um crime” (1832, p. 284). Infelizmente, tal princípio ainda permaneceria descurado durante muito tempo, não tendo sido, aparentemente, o foco das primeiras tentativas de regular a vida no interior das prisões. Segundo na avaliação de Pinto e Azambuja sobre as punições do código de 1830, a pena

²⁴ O nosso autor, aqui, parece não ter atentado para o fato de que tal pena não fora cominada para nenhum crime da parte especial, ou, por engano, ele se referia, talvez, não só ao banimento, mas, também, ao desterro. De acordo com o código de 1830, o banimento implicava, basicamente, na perda dos direitos de cidadão brasileiro e a proibição de residir no Brasil (art. 50). Já o degredo obrigava o condenado a residir em determinado local dentro das fronteiras nacionais e o desterro a sair de determinados lugares, não sendo obrigado, porém, a deixar o país (arts. 51 e 52).

²⁵ Referência, muito provavelmente, à pioneira Leopoldina de 1786, todavia, a pena de morte seria reestabelecida na Toscana poucos anos depois, em 1790, para alguns crimes considerados particularmente graves.

Ricardo Sontag

de galés não seria nem moral e nem corretiva, pois o condenado, “...obrigado a aparecer aos olhos de seus concidadãos com calceta no pé, e corrente de ferro... pouco a pouco vae perdendo os estímulos da vergonha, e por fim torna-se inteiramente endurecido ao arrependimento” (1832, p. 276). Sobre o banimento e o “desterro para fora do império” (previsto para dois crimes políticos nos artigos 107 e 141), os inconvenientes de tais penais também seriam, segundo Pinto e Azambuja, superiores às vantagens, além do potencial desrespeito a outros países, e, por isso, haveria uma contradição com os “princípios do Direito das Gentes” (1832, p. 290)²⁶. Já sobre o degredo –que era uma espécie de domicílio obrigatório no lugar determinado pela sentença (art. 51)– o posicionamento de Pinto e Azambuja é mais matizado: o encarceramento com trabalho seria claramente preferível, mas, “attendendo ao estado triste e desarranjado das prisões”, na falta de estabelecimentos que oferecessem a possibilidade de trabalho, o degredo seria preferível à prisão simples (1832, p. 295) ao contrário do que previa o art. 49 do código criminal²⁷. Sobre os açoites, os autores lamentam e criticam a existência da escravidão e o tráfico que “envergonha a humanidade”. Porém, tal circunstância contingente justificaria a existência das penas excepcionais para os escravos, já que eles não dispõem da liberdade para ser tolhida pela pena de prisão e já que eles são “Africanos”, portanto, excluídos da proibição constitucional sobre os açoites (que seria uma garantia somente para os “cidadãos” brasileiros) (Pinto e Azambuja, 1832, p. 313–314). Tudo isso apesar de eles considerarem que a pena de açoites corrompia o condenado, deixando de produzir arrependimento e, além disso, seria uma punição imoral (p. 274). A argumentação fica mais sombria quando eles justificam tal pena em função de determinadas características antropológicas dos escravos, que faziam deles “grosseiros” e “bárbaros” (p. 314). O argumento antropológico, mais tarde, entre os comentaristas do código de 1830, não predominou. Já os argumentos da contingência e da possibilidade constitucional da pena de açoites conseguiriam se tornar lugares comuns nesse tipo de literatura jurídico-penal. Apesar da “anarquia feudal” no uso das penas de multa, a opinião de Pinto e Azambuja sobre ela, assim como a de Falcão, era substancialmente positiva (p. 302–304 e p. 505–506). A pena de morte, por sua vez, em si mesma seria legítima, mas extremamente inadequada por ser: i) “contrária á moral publica”; ii) “indivisível”, logo, seria absurdo apenar o homicídio e a insurreição com a mesma pena; bem como por não ser iii) “remissível” (argumento tido como central por causa dos possíveis erros judiciários); iv) nem tampouco “exemplar”, pois “a execução da pena de morte as mais das vezes mais horror ou compaixão do

26 Os autores, na verdade, criticam esses artigos utilizando a palavra banimento indistintamente. Porém, o “desterro para fora do imperio” dos artigos 107 e 151 é somente uma especificação da pena de desterro geral (art. 52), que não previa, necessariamente, o envio para fora do império. A pena de banimento, por sua vez, envolvia necessariamente o afastamento do condenado do império, e, também, a perda dos direitos de cidadão brasileiro (art. 50).

27 Art. 49 do código criminal de 1830: “[e]mquanto se não estabelecerem as prisões com as commodidades, e arranjos necessarios para o trabalho dos réos, as penas de prisão com trabalho serão substituidas pela de prisão simples, acrescentando-se em tal caso á esta mais a sexta parte do tempo, por que aquellas deveriam impôr-se”.

Casas de correção” ou “casas de corrupção”?

que medo” e suscita curiosidade mórbida; além de v) não corrigir; e de vi) não ser “popular”, isto é, a pena de morte seria um “insulto ao character Brasileiro”, “brando e umano” (Pinto e Azambuja, 1832, p. 248-254). Todavia, mais uma vez, mesmo que em tom de lamento, a existência contingente da escravidão justificaria a exceção (p. 261-263).

Na literatura de comentário propriamente, Braz Florentino Henriques de Souza, na introdução do seu *Código criminal do Imperio do Brasil anotado* publicado em 1858 chegou a declarar que estava satisfeito com as penas estabelecidas no código criminal de 1830, contudo, talvez seja preciso acrescentar que o gênero comentário exegético muito provavelmente foi seguido mais rigorosamente neste caso, diminuindo os espaços para opiniões avaliativas da lei vigente²⁸.

Já as *Anotações theoricas e praticas ao código criminal* de Thomaz Alves Júnior (1894) constituem uma variação interessante de literatura de comentário. Por um lado, o escopo prático-aplicativo é constitutivo, porém, o título anunciou que as “anotações” seriam, também, “theoricas”. O que seria a dimensão “theorica”? Na introdução do livro, para além dos escopos práticos, Alves Júnior declara que ele também pretendia fazer com que “os legisladores do paiz penssem no meio de remediar defeitos e preencher lacunas que a lei penal offerece” (1864, p. 9). Efetivamente, no capítulo sobre as penas, o discurso avaliativo é recorrente.

Segundo Alves Júnior, a prisão com trabalho “é a pena por excellencia do systema de umCodigo bem formulado” (1864, p. 105). O problema é que faltavam regras sobre a sua adequada execução. Alves Júnior, naturalmente, estava a par dos desenvolvimentos do debate sobre os regimes penitenciários, mas, mesmo assim, ele considerou prudente o silêncio do código de 1830 a esse respeito porque nenhum dos sistemas tinha sido suficientemente experimentado ainda (p. 106). De qualquer forma, “todo o systema de penalidade se deve reduzir à prisão” (p. 528). Sobre as outras punições, é eloquente o discurso de Alves Júnior contra a pena de morte, que seria incompatível com uma civilização cristã (p. 197), e contra a pena de trabalhos forçados (galés) (p. 516). Muito claro, ainda, o quanto lhe repugnava a pena de açoites (Alves Júnior, 1864, p. 120 e p. 621-622). Mais uma vez, todavia, a escravidão aparece como justificativa para exceções: todas essas penas ainda se justificariam em função da existência de uma massa de escravos no país. Somente com a abolição da escravidão –que é o que Alves Júnior claramente desejava (p. 120)– todas essas punições poderiam ser finalmente riscadas das leis brasileiras²⁹. Enquanto isso, a aplicação da pena de galés deveria, inclusive, ser agravada para o condenado escravo, pois o próprio instituto da escravidão já implicava em trabalhos forçados (Alves Júnior,

28 Outro caso semelhante é o livro *Código criminal do Imperio do Brasil augmentado com as leis* de Josino do Nascimento Silva, publicado em 1862, que se limita a fazer notas muito enxutas ao texto do código, buscando substancialmente conexões com outras leis e avisos. Logo, a falta de opinião sobre as penas, neste caso, muito provavelmente é resultado direto do gênero literário escolhido.

29 Ao analisar Alves Júnior, o historiador Jurandir Malerba considerou-o representante de uma homogênea mentalidade escravista. Para uma crítica a tal leitura, peço licença para remeter a Sontag (2016, p. 59-60 nota 19).

Ricardo Sontag

1864, p. 518-519) e, na dúvida jurídica que surgiu à época sobre a possibilidade de aplicação da pena de açoites para menores, o nosso autor opinou pela afirmativa (Alves Júnior, 1864, p. 624)³⁰.

Citando Pellegrino Rossi –jurista italiano que escreveu um importante tratado de direito penal em francês³¹– o jurista Manoel Dias de Toledo iniciava a parte sobre a pena de prisão das suas *Lições acadêmicas sobre artigos do código criminal* afirmando que “a prisão [com trabalho] é a pena por excellencia das sociedades civilizadas” (1878, p. 552). Nem por isso Toledo desconhecia as mazelas dos cárceres brasileiros. Ele chega a denunciar que as casas de correção do Rio de Janeiro e de São Paulo eram ruins (uma referência um pouco inaudita em um livro sobre “artigos do código criminal”) e a defender que era preciso ampliar os casos de fiança para diminuir as hipóteses de prisão preventiva porque os cárceres eram “escolas de perversidade e corrupção” (Toledo, 1878, p. 506). De qualquer forma, em nenhum momento o nosso jurista colocou em dúvida que as penas carcerárias, em si, seriam as melhores e mais civilizadas. Somente a prisão simples sem trabalho é que seria fator de corrupção enquanto tal (p. 564-565) – e nesse ponto Toledo criticava acerbamente o código de 1830. Sobre as outras penas, ele chegou a expressar dúvidas quanto à deportação³² (p. 540-545); o banimento, por sua vez, até poderia ser cominado no caso de crimes políticos (p. 575); a pena de galés “traz consigo completa e horrorosa immoralidade, comtudo não podemos deixar de reconhecer que ella é intimidativa e exemplar, exceto para as pessoas acostumadas á privações e trabalhos duros, como os escravos, para quem ella é uma carta de alforria” (Toledo, 1878, p. 540). Nos casos da pena de morte e de açoites, mais uma vez a escravidão é referenciada. Acerca da primeira, a crítica de Toledo é menos eloquente do que a de Alves Júnior, soando, às vezes, como uma defesa da legitimidade em si do suplício último (1878, p. 509 e 511). Não obstante, ao mesmo tempo, ele desejava que a melhora do sistema penitenciário e a abolição da escravidão permitissem, no futuro, dispensar a pena de morte (Toledo, 1878, p. 513 e p. 519) e as palavras que ele reserva ao instituto da escravidão, essas sim, são bastante eloquentes: “[m]aldito seja aquelle... que depois de mil annos de igualdade, introduzio a escravidão” (Toledo, 1878, p. 634). Mesmo lamentando a existência da escravidão, a lógica aplicada à pena de açoites é a mesma: uma penalidade pouco afeita à civilização, mas necessária enquanto existissem escravos no Brasil (Toledo,

30 A cisão entre interpretações desfavoráveis da lei vigente e a declaração de opiniões escravistas em um mesmo jurista não era incomum no Brasil imperial. Outro exemplo, no âmbito penal, é o pequeno artigo de Antonio Carneiro da Rocha (1873) em que ele defende, por um lado, que o escravo poderia, sim, ser condenado somente com dois terços de votos do júri às penas da lei de 10 de junho de 1835, mesmo depois da lei de 20 de setembro de 1871 que havia alterado as regras gerais sobre o tema, mas, por outro lado, não deixa de lamentar a própria existência da “excepção acintosa e insustentável” da lei de 1835 “quando as ideias em voga são outras” (Rocha, 1873, p. 325) (referindo-se, provavelmente, às tendências abolicionistas). A mesma cisão foi percebida por Mariana Armond Dias Paes (2015) no pensamento do famoso Teixeira de Freitas, no âmbito do direito civil.

31 Um livro que lhe rendeu “fama europea” (Lacchè, 2012), e, poderíamos acrescentar, não somente europeia.

32 Provavelmente referindo-se, na linguagem do código, ao desterro.

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

1878, p. 632-633). Em síntese, a mesma cisão que pudemos observar no discurso de Thomaz Alves Júnior.

Seria enfadonho e desnecessário seguir a opinião individual de cada comentarista sobre as penas do código de 1830, portanto, para os nossos fins basta mencionar, ainda, o *Manual do código penal* de Carlos Perdigão, publicado em 1882, porque ele expressa uma mudança interessante na opinião consolidada até então nesse tipo de literatura a respeito dos açoites. Entre as páginas 270 e 277, Perdigão reproduz na íntegra um artigo seu publicado na *Gazeta Jurídica* em 1874, revista dirigida por ele mesmo, intitulado “a pena infamante de açoites”. Nesse texto, Perdigão não operava mais com a diferença entre o lamento a respeito do presente e a esperança no futuro. Segundo ele, em uma “nação christã” como a brasileira, a pena de açoites deveria ser abolida imediatamente por ser inconciliável com as leis da época que estavam buscando promover a emancipação gradual dos escravos (Perdigão, 1874, p. 445). A infâmia dos açoites seria um obstáculo para a desejada integração dos escravos em uma sociedade de sujeitos livres e iguais. Somente dessa forma, segundo Perdigão, o escravo poderia, “livre um dia do captiveiro”, “sem incorrer... no ridículo público, tomar humildemente o seu lugar no meio da grande família humana!” (p. 446). De resto, assim como no caso dos outros juristas citados, a perspectiva de Perdigão era de que o cárcere era uma ótima pena.

Na introdução do *Manual* de Perdigão, lemos que “não ha ninguém, pessoa individual ou collectiva, a quem não seja necessário o conhecimento da Legislação criminal existente, afim de apreciar-a no que contém e no que póde e deve ser reformada utilmente, para interpretar-a e applicar-a exactamente” (1882, p. XI). Não só aplicação, mas também reforma: esses dois aspectos mencionados pelo nosso jurista sintetizam muito bem o que pudemos observar, também, através dos exemplos das *Anotações* de Alves Júnior e das *Lições* de Toledo. A análise da parte relativa ao sistema de penas mostra que esse filão da literatura de comentário brasileira do século XIX não se limitava estritamente à simples interpretação applicativa da lei, muito embora seus voos teóricos estivessem muito abaixo, por exemplo, de um dos campeões da literatura penal oitocentista nada afeita à mera exegese: o *Programma del corso di diritto criminale* de Francesco Carrara³³.

Nas revistas, por sua vez, já seria de se esperar textos com mais pretensão, é o que vimos no artigo de Perdigão sobre a pena de açoites, que é completamente avaliativo. Uma averiguação mais ampla dos gêneros literários empregados nos periódicos jurídicos ainda está em curso³⁴, mas já é possível dizer que, ao lado desse tipo de texto mais pretensioso (isto é, que não se limitava a se perguntar como deve ser a aplicação da lei vigente), existiam, também, aqueles que se pareciam muito mais com pequenos pareceres sobre aspectos, às vezes, dema-

³³ Sobre esse aspecto da obra de Carrara, cf. Mario Sbriccoli (2009b), Grossi (1995) e Paolo Cappellini (2011).

³⁴ Trata-se de um projeto levado a cabo no âmbito do *Studium Iuris*, grupo de pesquisa em história da cultura jurídica da Universidade Federal de Minas Gerais.

Ricardo Sontag

siado pontuais para figurarem em um comentário mais amplo acerca do código criminal. Nesses casos, a aplicação da lei é o foco. Especificamente sobre a pena de prisão, provavelmente o texto jurídico mais profundo sobre o assunto saiu em uma revista, enquadrando-se, assim, no primeiro tipo: refiro-me ao artigo “A questão penitenciária no Brasil” de Antônio Herculano de Souza Bandeira Filho, publicado em duas partes no volume de maio-agosto de 1881 do periódico *O Direito*.

O texto de Bandeira Filho articulava dois extremos da reflexão sobre a prisão: por um lado, as altas indagações filosóficas sobre o sentido da pena, de outro, a realidade carcerária, passando pelas questões jurídicas referentes ao modo de regular a pena de prisão (o código criminal, mas não só). O trânsito entre esses dois polos torna-o bastante particular em comparação com a abordagem jurídica que encontramos sobre o cárcere na literatura de comentário: relatórios ministeriais, de visitas a prisões, de viagens para conhecer cárceres em outros lugares do mundo³⁵, ou seja, documentos que, por sua natureza administrativa, chamavam pouco a atenção dos juristas³⁶, aparecem com frequência no texto de Bandeira Filho, em uma tentativa de levar a sério, de alguma forma, a ideia sociológica de direito penal esposada pelo nosso autor (1881, p. 6-12). Não por acaso, é aqui que encontramos, em um texto que podemos chamar de jurídico, uma maior atenção aos problemas concretos da execução das penas carcerárias. Por isso, para o Brasil da época, podemos dizer que foi um texto pioneiro. Na literatura de comentário, vez ou outra, os juristas até abriam essa janela para a realidade. De qualquer forma, uma janela pequena, muito em função, também, das características do próprio gênero literário comentário ao código.

Quanto aos posicionamentos de Bandeira Filho acerca do sistema de penas, não há diferenças grandes em relação ao que vimos até agora. Da mesma forma, segundo ele, a pena por excelência de uma sociedade civilizada é a prisão com trabalho. Todavia, em função de circunstâncias temporárias, penas tidas como bárbaras – como a pena de morte e os açoites – seriam ainda necessárias na legislação brasileira. A escravidão e a convivência entre diferentes níveis civilizatórios sob as mesmas leis eram as fontes de tal necessidade, segundo Bandeira Filho³⁷. Além disso, “si... não há prisões convenientemente organizadas para se obterem os efeitos moralisadores da pena, é imprudente riscar da legislação a pena de morte” (Bandeira Filho, 1881, p. 32-33).

Acerca da organização jurídica das prisões, Bandeira Filho ressaltava algumas lacunas da legislação brasileira. A primeira delas estava no código criminal de 1830, que não tinha optado claramente por um regime penitenciário. Um defeito compreensível para o momento em que o código tinha sido escrito, toda-

³⁵ Para uma análise desse tipo de documentação, cf. Motta (2011).

³⁶ Naturalmente, aqui estou entendendo “juristas” não somente como qualquer formado em faculdades jurídicas, mas como uma espécie de “alta nobreza” do direito. No século XIX, a publicação de um comentário ao código criminal era forte sinal de pertencimento a tal grupo.

³⁷ “Para o homem civilizado, o temor de uma disciplina longa, monótona, reservada aos criminosos é bastante; para os menos civilizados, será preciso recorrer aos castigos corporaes e à morte” (Bandeira Filho, 1881, p. 33).

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

via, não mais justificável tendo em vista os avanços no debate ao longo do século XIX. Esse era, inclusive, um dos motivos pelos quais Bandeira Filho defendia que o código criminal de 1830 deveria ser substituído (1881, p. 30). E, de fato, como já vimos, o código de 1890 tentou, ainda que em poucos artigos, optar por um sistema inspirado no progressivo irlandês. Outro problema apontado pelo nosso autor eram os regulamentos penitenciários. Pelo fato de a prisão com trabalho não se limitar ao simples confinamento do condenado pelo período de tempo marcado na sentença, exatamente em função do elemento “trabalho” que deveria servir para “regenerar” o criminoso, ela depende muito dos “regulamentos policiaes” (Bandeira Filho, 1881, p. 35). O código criminal de 1830 e o de processo criminal de 1832, efetivamente, pouco se ocuparam desses temas. Faltavam normas gerais adequadas sobre o assunto, lamentava-se o nosso jurista³⁸. O regulamento nº 120 de 1842, em capítulo intitulado “da inspecção das prisões e da sua economia” (arts. 144-170), limitava-se, substancialmente, a definir as autoridades competentes para elaborar os regulamentos e para fiscalizar os cárceres. As orientações para a feitura de tais normas, bem como para a rotina das prisões, eram poucas, basicamente as seguintes: separação entre os presos (os condenados deveriam ser classificados e os provisórios separados dos definitivos); que os presos deveriam ser bem alimentados; que as prisões deveriam ser higiênicas (o que, de resto, a Constituição de 1824 já tinha dito); estabelecimento das taxas pelos serviços de carceragem; procedimentos administrativos, como a necessidade de os regulamentos disporem sobre horário e modo de fazer as revistas (art. 169); algumas sanções administrativas, como no caso do carcereiro que exigisse “dos presos alguma quantia na ocasião da entrada, estada,

38 A crítica de Bandeira Filho merece ser reproduzida aqui: “[p]ara os regulamentos não se deu norma, nem principios directores; deixou-se ás autoridades policiaes a mais larga amplitude, sem que nenhum texto declarasse as condições de que o Codigo tornou dependente o cumprimento da pena. Só mais tarde, por occasião da reforma judiciaria de 1841, alguns artigos do respectivo regulamento (Dec. Nº 120 de 31 de janeiro de 1842) consignaram providencias sem duvida razoaveis sobre a disciplina das prisões, mas que, pela generalidade dos seus termos, e notaveis lacunas, deixaram a questão quasi no mesmo pé. Nada se determinou quanto ao trabalho, e as providencias mais sérias sobre o regimen penitenciario foram expressamente deixadas á solução das autoridades policiaes. Entre esses pontos avultam: 1º a fôrma da inspecção (art. 146); 2º as providencias necessarias em relação á posição, capacidade e mais circumstancias peculiares das prisões e da localidade (art. 147); 3º o systema das classificações (art. 148); 4º a tabella das rações, e o modo de as fornecer (art. 157); 5º os livros necessarios para a escripturação, bem como os respectivos modelos (art. 158); 6º os castigos disciplinares (art. 167). E, como ainda hoje esse Decreto regula a materia, succede que os chefes de policia, sem experiencia, nem estudos especiaes, com o tempo absorvido pelo serviço, a intelligencia preocupada com os multiplos deveres do cargo e as exigencias da politica, são chamados a resolverem a importante questão social que se agita na actualidade, trazendo divididas as opiniões dos sabios. Quando as nações mais adiantadas abrem largos inqueritos, e commissionam homens competentes para estudarem os pontos debatidos, entre nós a questão e menosprezada, reservando-se apenas para o Governo um direito de revisão, cujo exercicio não consta, pelo menos de modo regular e permanente. É escusado dizer que os chefes de policia têm feito dessa attribuição o uso mais extravagante. Os regulamentos adoptam providencias disparatadas e contradictorias, uns resolvendo sem criterio todas as questões, outros limitando-se a preceitos genéricos, o que importa deixar aos carcereiros talvez os mais ignorantes de todos os nossos funcionarios, attenta a odiosidade do cargo e mesquinheza dos vencimentos, amplissima liberdade na maneira de executar a pena. Em 1866, occorreu ao conselheiro Nabuco, então ministro da justiça, reunir todos os regulamentos provinciaes, afim de formar uma fonte para o estudo da materia, e no relatorio daquelle anno o eminente estadista manifestou o espanto que lhe causaram tão estranhos documentos do nosso atraso. Tal diversidade de regimen elles consagram que dir-se-ia serem as nossas provincias estados independentes com legislações oppostas, consagrando cada uma penalidade particular” (1881, p. 35-36).

Ricardo Sontag

ou sahida, a pretexto de melhor commodo, e tratamento, ou outro de qualquer natureza que seja” (art. 156); e assim por diante. Vale destacar, ainda, o artigo que previa que, se o encarcerado se recusasse a pagar a taxa de carceragem pela soltura, ele só poderia ser retido por mais três dias, com exceção dos escravos, que só seriam soltos quando o pagamento fosse realizado (art. 154): a prisão pública ficava, assim, à mercê de eventuais pretensões punitivas do senhor; e o escravo a um encarceramento potencialmente *ad aeternum*. O capítulo destinado à “execução da sentença” (arts. 144-170) estabelecia o procedimento a ser seguido pelas autoridades para todas as penas, inclusive para o inexistente banimento (art. 145)³⁹, limitando-se, porém, quase sempre, a normas procedimentais (documentos que deveriam ser preenchidos, etc.). Efetivamente, muito longe do que Bandeira Filho imaginava como um verdadeiro regime penitenciário capaz de diminuir a diferença na aplicação da mesma pena entre os diversos estabelecimentos. Mais longe ainda de uma ideia de direito da execução penal, centrado não somente na disciplina administrativa do cárcere, mas, também, nos direitos e garantias do encarcerado, que também não era exatamente o foco do nosso Bandeira Filho nos anos 80 do século XIX⁴⁰.

Chegando, finalmente, à realidade carcerária, Bandeira Filho denunciava que:

“[a]s províncias não têm cadêas apresentáveis; são casas particulares alugadas, sem acomodações próprias, nem segurança alguma, e só as das captaes estão em circumstancias mais vantajosas, comquanto offendam os preceitos mais comesinhos da hygiene. Em algumas, melhor preparadas, como a do Recife, que tem grande numero de cellulas dispostas em tres raios com outros tantos andares, essas vantagens são inutilizadas; não há separação entre condemnados e pronunciados, e os individuos de penas diversas confundem-se, com detrimento da moralidade e até do bom senso. Nas outras captaes só satisfazem os preceitos constitucionaes as cadêas do Pará, Maranhão, Ceará, Bahia, Rio Grande do Sul e Minas Geraes, apesar de grandes defeitos. Não se impõe aos presos trabalho de especie alguma; bem poucas têm escola, e em raríssimas o ensino religioso é chamado a produzir seus salutaes effeitos. Vivem os desgraçados no ocio, aperfeiçoando-se na pratica dos vicios, e, si entram corrompidos, saem aptos a commetter toda sorte de attentados” (1881, p. 38-39).

Uma série de mazelas que a história social da prisão no Brasil vem substancialmente confirmando⁴¹. Mas o que eu gostaria de sublinhar remete à própria dinâmica e estrutura do texto de Bandeira Filho no âmbito jurídico: não eram comuns tantos detalhes assim sobre a realidade das prisões brasileiras em um

39 A existência desse artigo e o estabelecimento do conceito de banimento na parte geral do código de 1830 indicam que não se excluía, na época, a hipótese de tal pena vir a ser cominada para algum crime, que é uma das explicações possíveis para a previsão dessa pena na parte geral do código.

40 Já tinham percebido essa característica da maneira de tratar o problema da execução das penas no século XIX através da análise dos regulamentos da época Roig (2013) e, também, Amaral (2012, p. 107). Este último, contudo, praticamente sem acrescentar qualquer lastro documental ao que já tinha, de alguma forma, apontado o livro de Roig (cuja primeira edição é de 2005).

41 Para citar somente um exemplo de historiografia recente, cf. o trabalho de Tiago da Silva Cesar (2015) sobre a província de São Pedro do Rio Grande do Sul.

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

texto que não era um relatório administrativo ministerial ou de inspeção. O nosso autor dialoga com tais documentos –que, aliás, constam em uma longa nota logo depois do trecho citado acima– tornando esse artigo bastante particular no universo da literatura jurídico-penal brasileira oitocentista. Como a historiografia das prisões no Brasil já se debruçou muitas vezes sobre a documentação administrativa⁴², eu posso permanecer no plano jurídico.

Desse ponto de vista, é de grande interesse, ainda, na crítica de Bandeira Filho, o tema do cárcere como espaço de aperfeiçoamento dos vícios: uma denúncia recorrente em praticamente todas as fases da história do cárcere (incluindo a atualidade). O nosso objetivo, aqui, todavia, será compreendê-la de maneira contextualizada, isto é, nas variações de sentido que ela sofreu dependendo das circunstâncias –inclusive e principalmente jurídico-discursivas– em que foi enunciada.

Todas as críticas ao cárcere que vimos até aqui atingem, sempre, o problema da aplicação de um projeto. O discurso de Bandeira Filho é exemplar: a legislação é defeituosa e as mazelas do cotidiano tornam o cárcere uma verdadeira escola de vícios. Nada disso atinge, porém, a essência da prisão como pena. Bandeira Filho continua acreditando que “[a] privação da liberdade com obrigação de trabalho é hoje o grande meio aconselhado para a reforma dos culpados” (1881, p. 34). O problema estava na aplicação e em leis incapazes de regular adequadamente aquela que era, de fato, a pena civilizada e moralizadora por excelência. Por isso, nada impedia que Bandeira Filho almejasse, inclusive, mais prisão no sistema punitivo codificado brasileiro. Eis mais um problema, segundo ele, do código de 1830: o cárcere não tinha o lugar que deveria ter no seu arsenal de penas. Para Bandeira Filho:

“[e]m vez da unidade, [o código de 1830] preferiu a multiplicidade das penas. Além das especiaes para os escravos e os empregados públicos, cinco classes foram estabelecidas: 1a a morte; 2a os trabalhos públicos; 3a a prisão; 4a a retirada do lugar onde foi cometido o crime; 5a finalmente a multa. Mais tarde, duas leis excepcionaes complicaram ainda esse systema heterogeneo, accrescentando: a de 3 de outubro de 1833 a ilha de Fernando de Noronha, para cumprimento da pena de galés imposta aos moedeiros falsos; a de 10 de junho de 1835, uma penalidade rigorosa para os escravos que tentassem contra a vida de seus senhores ou superiores, sendo em regra geral comminada a pena de morte, sem os recursos ordinarios do processo. Este simples esboço mostra a contradicção com os principios assentados pelos Congressos. A multiplicidade das penas suppõe a idéa da expiação, a necessidade de castigar o mal do crime com outro mal... Na sciencia penitenciaria, admitido que a pena deve restaurar o culpado pelo melhoramento de sua índole, naturalmente desaparecem a morte e a galé. A primeira aniquila o agente criminoso, sem tentar a sua regeneração; a segunda o avilta, cobrindo-de ferros, expondo sua miseria aos olhos da multidão, e por conseguinte aggravando as ruins tendencias do indivíduo” (1881, p. 30–31).

⁴² Cf. o já citado Motta (2011). E a historiografia continua desbravando esse tipo de documentação. É o caso, por exemplo, da tese de doutorado em andamento no Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal de Minas Gerais de Camila Similhana Oliveira de Souza que explora documentação policial sobre cadeias na Primeira República (1889–1930) na região de Minas Gerais.

Ricardo Sontag

Multiplicidade de penas em oposição à desejada unidade (fundada na pena carcerária). Efetivamente, se tomarmos os cálculos que vimos a respeito do “peso” da pena de prisão no sistema do código de 1830, há uma multiplicidade. Uma opção coerente com as ideias do final do século XVIII, perceptíveis no documento –que também já vimos– que definiu o projeto de Vasconcellos como a base para as ulteriores discussões em função, entre outros, da “prudente variedade” de penas que ele estabelecia. No final do século XIX, o clima já era outro. O código penal de 1890, como também já vimos, tendeu para a unidade centrada na prisão ansiada por juristas como Bandeira Filho. Não por acaso, tal passagem –da unidade para a multiplicidade– seria o grande motivo que teria justificado a substituição do código de 1830, na opinião do próprio autor do código de 1890:

“[a] grande novidade da revisão de 1890 é a unicidade de pena, cujo typo é a prisão celular, ao mesmo tempo intimidativa, repressiva e penitenciária, da qual se fez a chave da abóboda de todo o systema repressivo. A adopção deste elemento novo, que vinha integrar-se na legislação penal era uma consequência da abolição da pena capital; elle contava em seu favor a consagração legislativa e as adhesões das maiores autoridades em penalogia... A experiência da Hollanda, que resolvera o problema de modo original, admittindo uma única pena privativa da liberdade, applicada à todos os criminosos... [O] acolhimento que teve a Idea no congresso de Stockolmo, onde foi reconhecida e recommendada a conveniência de se reduzir à uma só as penas privativas da liberdade, sem outra diferença à não ser da duração e consequências accessórias; o descrédito em que tinha cahido o regimen penal de 1830, tudo encorajava a executar o ousado tentamen, augurando o melhor resultado da substituição do velho systema carcerário por outro mais racional, mais efficaç e mais protector, que vinha inaugurar na história da legislação criminal pátria uma era nova” (Pereira, 1898, p. 265).

Dessa forma, o código de 1890 teria realizado uma “política civilisadora” (Pereira, 1898, p. 264)⁴³.

Um dos mais severos críticos do código de 1890 –o já mencionado Carvalho Durão– também percebeu essa mudança no sistema de penas brasileiro. A sua crítica era tão cerrada que até mesmo um dos aspectos que não deveria ser muito controvertido no código de 1890 tornou-se alvo dos seus ataques:

“[a] angústia do tempo me não permittiu dispor e compulsar todas as notas indispensáveis ao estudo e crítica do systema de penalidade adoptado pelo novo Código, cujo auctor estabeleceu uma pena única, a prisão celular, para todos os delictos e transgressões de polícia, desde a vadiagem até a conspiração, desde o latrocínio até o homicídio resultante do excesso de defesa, e desde o roubo até o duello, fazendo lembrar certos charlatães que pretendem curar todas as moléstias com um único medicamento ou panacea, salvo a dosagem, que hão por muito recomendada, afim de mais facilmente illudirem os desgraçados doentes que lhes cahem nas mãos” (Solus, 1891, p. 211).

⁴³ Vale ressaltar que essas palavras de Baptista Pereira se inserem em um contexto em que o código de 1890 vinha sendo objeto de severas críticas, alguns até mesmo duvidando da conveniência da substituição do prestigiado código de 1830. Sobre esse debate em torno do código de 1890, peço licença para remeter ao que já pude escrever em Sontag (2014, p. 189-252).

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

Carvalho Durão, porém, não esclarece quais deveriam ser as outras penas cominadas para que o código não recaísse em “charlatanice”.

A crítica à centralidade da pena de prisão no sistema codificado ganharia mais alguns – aparentemente poucos – adeptos nas décadas subsequentes. O código de 1940 basicamente confirmaria o carcerocentrismo do código de 1890. A perplexidade de Chabroud e de Carvalho Durão com o “medicamento único” não tinha ressoado o suficiente. A pena prisional tinha conseguido se consolidar como a pena “civilizada” por excelência, muito embora, por problemas de aplicação, ela pudesse se tornar eventualmente uma “escola de vícios”. Os juristas não desconheciam os problemas da realidade carcerária. Todavia, legislação e regulamentos adequados seriam capazes de realizar as potencialidades moralizadoras do encarceramento. Eis a concepção que se assentou ao longo do século XIX. Otimismo perturbado por algumas poucas vozes até chegarmos à segunda metade do século XX.

“Objurgatórias de profetas bíblicos”? O cárcere no sistema punitivo entre aperfeiçoamentos e “sucedeos” (1890–1940).

“Objurgatórias de profetas bíblicos”?

A prisão tinha se tornado a “chave de abóbada de todo o systema”. O código fez a opção por um regime penitenciário progressivo. Como consequência dessa opção, estabeleceu a possibilidade do livramento condicional, almejada por alguns juristas do período imperial ao vislumbrar as experiências inglesas com o *ticket of leave*. Aperfeiçoar. Mais do que nunca, um dos principais desafios era fazer funcionar o regime penitenciário previsto no código de 1890, apesar de algumas críticas que não tardariam a surgir. A principal delas – mas não única, como veremos – contra o sistema celular (especialmente na boca de juristas identificados de alguma forma com a escola positiva italiana). A própria regulamentação do livramento condicional foi um desafio difícil de superar. Basta lembrar que o decreto que permitiu o funcionamento do instituto só veio a lume em 1924. A ideia do livramento partia do pressuposto de que o confinamento por si só não seria capaz de regenerar o criminoso, ou seja, de certa forma pressupunha que a prisão teria efeitos criminógenos. Porém, ele não foi instituído no âmbito de um projeto despenalizador e de crítica ao encarceramento enquanto tal, como bem demonstrado pelo historiador do direito Rafael Mafei Rabelo Queiroz (2007). Tendo em vista que, para uma reconstrução do discurso jurídico do início do século XX em torno dessa importante peça da “modernização do

Ricardo Sontag

direito penal brasileiro”, posso remeter à pesquisa de Mafei, vamos nos concentrar, aqui, em outros aspectos e, mais tarde, poderemos sobrevoar o contexto em que o instituto do livramento torna-se parte, no imaginário jurídico, de projetos despenalizadores e muitas vezes críticos da prisão em si mesma.

A partir de agora, o rol de textos abordados será ainda mais meramente exemplificativo, pois o próprio campo jurídico estava passando por uma significativa transformação. Em primeiro lugar, a ampliação do número de faculdades de Direito. Durante todo o período imperial foram autorizadas somente duas faculdades: uma em Recife e outra em São Paulo. Esse fator limitava o mercado por obras jurídicas. A partir do período republicano (1889), proliferam novas faculdades de Direito por todo o país (inclusive a minha, fundada em 1892). Os juristas que vimos ao longo da primeira parte, em regra, são penalistas de um livro só (ou quase): eles escreveram, em geral, muito pouco; e/ou escreviam obras sobre diversas áreas do Direito. Inexistia a figura do penalista tal como nós imaginamos hoje, ou seja, inexistia uma figura social que se dedicasse exclusivamente –ou quase– ao direito penal através de vários textos escritos de natureza, por assim dizer, acadêmica (livros e artigos). Talvez a primeira exceção seja João Vieira de Araújo no final do século XIX, e que continuaria sendo uma das poucas exceções ainda por algum tempo. Começemos o nosso percurso por ele.

O texto de João Vieira de Araújo que mais nos interessa é o tomo II do *Código penal commentado theorica e praticamente*⁴⁴. Um livro que se insere, portanto, no rol da literatura de comentário que já tínhamos encontrado no período imperial. A postura avaliativa (e não somente aplicativa) em relação à lei vigente torna-se ainda mais evidente por dois motivos: i) pela própria especialização de João Vieira enquanto penalista; ii) pelo dado mais contingente de que ele era um áspero adversário do código penal de 1890 e do seu autor.

Admite João Vieira que “[a]s penas privativas da liberdade pessoal são justamente aquellas que em geral são hoje applicadas nos codigos, sós, ou accumuladas com as pecuniarias” (1897, p. 239). Descendo especificamente para o caso brasileiro, ele também observa que o código penal de 1890 “applica quasi exclusivamente a prisão cellullar a todos os crimes e contravenções, afastando-se assim dos codigos modernos, inclusive o italiano que lhe serviu de fonte” (Araújo, 1897, p. 240-241). Na opinião de João Vieira, para situações excepcionais, a pena de morte deveria ter sido mantida, ou, no mínimo, substituída pela prisão perpétua. Inclusive, na condição de deputado, ele chegou a discursar no parlamento contra o dispositivo da constituição de 1891 que tinha abolido a pena de morte e vetado as penas perpétuas. A inspiração para a defesa desse tipo de pena eliminatória provinha da escola positiva italiana, que o nosso autor tanto admirava⁴⁵, mais especificamente de Raffaele Garofalo. Para João Vieira, o único problema que deveria ser sanado era a ignominiosa publicidade da execução da

⁴⁴ O tomo I é anterior ao código penal de 1890 e não chegou a abarcar o capítulo sobre as penas.

⁴⁵ Sobre as complexidades, porém, das relações entre João Vieira e a escola positiva italiana, peço licença para remeter à Sontag (2016).

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

pena de morte, que poderia ser substituída com facilidade pela injeção letal, a exemplo dos Estados Unidos (Araújo, 1891, p. 15). A segunda grande crítica ao código vigente dizia respeito ao regime celular, inaceitável para um leitor de Enrico Ferri como era o nosso João Vieira. Para ele, o regime celular seria inexequível e improficuo. Seriam preferíveis as colônias penais e as penitenciárias agrícolas. Ou seja, o pressuposto não muito explicitado de que a prisão poderia ser criminógena aplicava-se ao regime celular, mas não a qualquer pena carcerária. Praticamente não se criticava, portanto, o encarceramento em si como punição. O ponto era encontrar a melhor maneira de fazê-lo funcionar. No âmbito dos julgamentos feitos por João Vieira sobre o código de 1890, no caso desse texto vale destacar que muitas vezes a lei vigente era comparada com o seu próprio projeto de código apresentado à Câmara dos Deputados em 1893, reputado sempre, naturalmente, superior. Mas sobre o tema dos projetos de código dessa época voltaremos mais adiante.

Outro exemplo que vale a pena mencionar é o livro *Breves lições de direito penal*, pois o seu autor, Filinto Bastos, é considerado um arauto tardio do “clasicismo” no Brasil⁴⁶, enquanto João Vieira seria um representante da “escola positiva”. Não pretendo, aqui, discutir o problema das “identidades de escola”, menos óbvias do que parecem até mesmo para o seu contexto de origem – a Itália – e menos óbvias ainda para um contexto como o brasileiro que não tinha as mesmas condições institucionais e acadêmicas⁴⁷. Tal categorização dificulta que enxerguemos alguns traços comuns entre as duas ditas “escolas”, bem como outras possíveis variações que não se enquadram nesse esquema. No trecho de Filinto Bastos que eu gostaria de analisar agora, mais de uma vez ele elogia e espota concepções do positivista Enrico Ferri (da mesma forma que, mais de uma vez, o positivista João Vieira não quis ir tão longe e limitou-se a concepções ditas “clássicas”). O *Breve lições* não é propriamente um comentário porque não segue a ordem do código. Contudo, em cada lição Bastos trata de algum tema presente no código e os dois volumes da obra são amplos como um comentário a todo o código, oferecendo um panorama voltado especificamente para o ensino do direito penal⁴⁸. Mesmo sendo uma obra destinada a iniciantes, o nosso jurista não se limita a determinar como a lei vigente deveria ser aplicada. A parte sobre o regime penitenciário, sobre a qual nos debruçaremos rapidamente, aliás, é bastante avaliativa, de modo que vários defeitos do código de 1890 são apontados.

Filinto Bastos demonstra aprovar a ideia de colônia penal (1911, p. 319–320) e a prisão com trabalho em estabelecimentos agrícolas (p. 342), mas, também, critica a falta de estrutura para realizar o próprio projeto de regime celular do código de 1890 (p. 306), discordando de várias críticas que se costumavam fazer contra tal sistema (como aquela que dizia que o regime celular só produziria

⁴⁶ Para essa leitura de Bastos, cf. Freitas (2012).

⁴⁷ Sobre esse tema eu já pude me debruçar alhures: Sontag (2014, p. 23–29).

⁴⁸ Mais especificamente, na Faculdade de Direito da Bahia, que nasce, também, na primeira onda de novas faculdades do início da república.

Ricardo Sontag

um bom preso, mas não um bom egresso) (p. 298 e p. 310–311). Uma das causas, inclusive, para o mal funcionamento do sistema celular no Brasil seria a “viciosa regulamentação das nossas casas de detenção” (Bastos, 1911, p. 312), um tema que ganharia terreno na literatura jurídico-penal brasileira ao longo da Primeira República. Além disso, de maneira um pouco surpreendente para um autor considerado “clássico”, ele demonstra aprovar, em linhas gerais, a ideia de pena indeterminada (1911, p. 265–266)⁴⁹. Bastos pressupõe que uma penitenciária adequada teria um ambiente muito diferente de uma prisão normal (celular). Neste segundo caso, existiria o indesejado efeito pernicioso do encarceramento. Mas somente no segundo. Ele não chega, portanto, a generalizar o raciocínio para uma crítica ao cárcere enquanto tal. Eis, por fim, a conclusão de Filinto Bastos sobre o sistema punitivo brasileiro especificamente: “[i]mperfeitíssimo é o plano do nosso Código delineando as generalidades especiaes ao seu systema punitivo, deixando entretanto á pratica a tarefa de executar aquillo que será forçosamente deficiente, attenta a má organização do regimen” (1911, p. 339). Por “sistema punitivo”, nesse trecho, Bastos provavelmente se referia à prisão especificamente (que era o objeto do capítulo), pois, em outra parte do livro, dedicada às penas em geral (exceto as de prisão), ele demonstra aprovar, em geral, as escolhas do código. Sobre a pena de morte, por exemplo, o nosso autor afirmou que:

“[e]mquanto a sociedade puder lançar mão do regimen penitenciario, sem usar de meios repressivos eliminadores, deve fazel-o; o nosso Código seguiu a melhor doutrina, ao menos aquella que é mais conforme aos habitos do povo brasileiro, e que está radcada na opinião publica, satisfazendo uma aspiração nacional” (Bastos, 1933, p. 273).

Mais uma vez, o estereótipo do “povo brasileiro” manso e cordial, que já vimos no século XIX⁵⁰.

Ainda nesse tipo de literatura, vale a pena mencionar o livro *Direito penal brasileiro* de Galdino Siqueira publicado em 1921. Três motivos tornam essa obra de Siqueira digna de análise para os nossos fins: i) assim como João Vieira, Siqueira também elaborou um projeto de código penal; ii) se desconsiderarmos a divisão entre direito penal substancial e direito processual penal, ele também dedicou boa parte da sua obra ao campo penal, ou seja, estamos diante de mais uma etapa na direção da constituição da figura do penalista como um personagem social

49 Sobre o rico debate, na passagem do século XIX para o século XX, acerca das penas indeterminadas (e similares) nos Estados Unidos e na Europa, cf. o ótimo trabalho do historiador do direito Michele Pifferi (2013). A tese de Pifferi mostra muito bem que as diferenças a respeito da concepção de legalidade das culturas jurídicas estadunidense e europeia foram determinantes para a configuração das distinções entre as abordagens sobre o tema nas duas margens do Atlântico. Os juristas brasileiros, como era de se esperar, tendiam para a perspectiva europeia.

50 Talvez possamos dizer que a famosa reflexão de Sérgio Buarque de Hollanda sobre o brasileiro como um “homem cordial” no seu “Raízes do Brasil”, publicado em 1936, seja uma sofisticação teórica de estereótipos largamente correntes desde, pelo menos, o século XIX sobre o caráter do “povo brasileiro”.

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

específico⁵¹; iii) o tecnicista Nelson Hungria, em 1940, elogiou a obra de Siqueira porque ela teria se preocupado, ao contrário de outras da mesma época, em fixar a melhor inteligência do direito penal brasileiro vigente, afastando-se das abordagens que colocavam como centro a crítica/avaliação da lei positiva⁵². Uma leitura da obra de Siqueira que o aproximava do próprio tecnicismo húngariano, no qual o papel primordial da doutrina jurídica seria colaborar com os agentes da justiça para a melhor aplicação da legislação vigente⁵³.

A primeira frase de Galdino Siqueira no capítulo sobre penas deu o tom do que viria em seguida: “[s]e a eficiência de um código penal se afere pelo sistema de repressão adoptado, teríamos no que prescreve o código vigente a respeito, a demonstração de sua inaptidão para a consecução do fim primordial” (1921, p. 573). O código teria feito bem em abolir, por exemplo, a pena de morte, porém, “não soube o legislador enfrentar o problema como devia” (p. 573). Para o nosso autor:

“a pena privativa de liberdade pessoal é a que mais elementos fornece para a consecução de fins que modernamente se assignam á penalidade, isto é, a intimidação, a segregação e a emenda. Em uma época de individualismo e de liberdade, em que o homem se habituou a considerar a liberdade em geral e a liberdade de ir e vir em particular um bem tangível, toda a restrição á liberdade é naturalmente considerada como o maior dos soffrimentos, e dahi porque o systema penal gravitou em roda da prisão” (Siqueira, 1921, p. 579).

Siqueira também esposava as críticas ao regime celular: para ele, o isolamento era pernicioso e as poucas mitigações (visitas do pessoal da prisão e trabalho na própria célula, por exemplo) seriam demasiado artificiais, isto é, inaptas a preparar o condenado para a futura vida em liberdade (p. 580–581). De qualquer forma, “[o] regimen cellular adoptado pelo código até hoje não foi applicado, por falta de estabelecimentos penitenciarios adequados, quer para o isolamento cellular, quer para o estadio intermedio do systema, na forma de penitenciarias agricolas” (Siqueira, 1921, p. 589). Nesse estado de coisas, Siqueira admite que “[a] essas cadeias se podem applicar os conceitos de que são escola do crime, universidades do delicto, fabricas e laboratorios da reincidencia” (p. 589). As penas de curta duração, quase sempre applicadas a delinquentes primários, também deveriam ser evitadas e substituídas por multas (p. 584 e p. 606) porque o contato desses indivíduos com condenados:

“pervertidos ou delinquentes habituaes, trará ás mais das vezes a obliteração do brio e do pudor, mal a que vêm se juntar outros, como a desestima geral resultante do recolhimento a um estabelecimento penitenciario, a perda de cargos ou de meios de profissionaes com que provia a subsistencia, o desamparo e muitas vezes

51 Para uma lista da produção bibliográfica de Galdino Siqueira, cf. Paixão (2014), apesar de as análises propostas serem de pouco interesse historiográfico na medida em que praticamente se limitam à crônica de fatos sempre no tom de apologia do biografado.

52 A exemplo da *penalistica civile* italiana oitocentista analisada por Mario Sbriccoli (2009b).

53 Sobre o tecnicismo húngariano, permito-me remeter ao que já pude escrever em outra ocasião: Sontag (2009).

Ricardo Sontag

a miséria a que fica reduzida a família, a dificuldade, senão a impossibilidade de reintegração ao centro da actividade anterior, facto frequente em países que, como o nosso, não têm sociedades de patronato suficientemente instaladas” (Siqueira, 1921, p. 584).

Por fim, o nosso autor ainda critica facto de os regulamentos penitenciários serem estaduais, cujo resultado era a falta de coordenação entre o código (geral) e a execução penal (local) (Siqueira, 1921, p. 590).

Em suma, no trecho sobre as penas, Siqueira não se limitava à simples exegese aplicativa do código. Parece, ao contrário, que o foco era avaliar a lei vigente em uma visão prospectiva. Evidentemente, seria necessária uma análise mais abrangente da obra de Siqueira para contrariar a leitura de Nelson Hungria. Não obstante, parece-me possível desde já fixar que a visão hungriana de Siqueira merece, pelo menos, algumas ressalvas. De resto, uma leitura plenamente histórica do discurso hungriano exige que levemos em consideração que o modo como ele avalia os seus pares diz muito, em primeiro lugar, sobre a sua própria concepção de ciência do direito penal. Hungria considerava Siqueira um grande mestre, logo, é natural imaginar que ele tendesse a aproximá-lo da sua própria concepção de verdadeira e adequada ciência jurídica. Sobre a natureza das críticas de Siqueira ao encarceramento, elas não atingiam a ideia de pena prisional em si. As prisões poderiam se tornar “escolas do crime” somente em circunstâncias específicas.

O último comentarista deste período entre o código de 1890 e o de 1940 que vale a pena mencionar aqui é Antonio José da Costa e Silva, não só pela profundidade dos seus comentários, mas, também, por dois outros motivos: i) ele chegou a colaborar na elaboração do código penal de 1940, mesmo não tendo participado oficialmente da comissão; e ii) Nelson Hungria avaliou a sua obra praticamente nos mesmos termos de Galdino Siqueira. Apesar do nome –*Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado*– os comentários de Costa e Silva encerram praticamente pequenas monografias sobre cada núcleo temático, ainda mais extensas em comparação com Galdino Siqueira. Estamos, agora, em 1938, um momento em que a figura do penalista –como o próprio Costa e Silva– já não é mais tão rara como no início do século XX.

Costa e Silva concordava que a liberdade é “o bem jurídico preferido para a incidência e organização das penas. O predomínio das penas privativas e restritivas de liberdade nas legislações modernas constitui facto que não escapa nem mesmo à mais superficial observação” (1938, p. 30). Em suma, ele elogiava as características da pena de prisão em termos que lembram a abordagem de Jeremy Bentham (Costa e Silva, 1938, p. 31). Todavia, o código brasileiro tinha errado ao fazer gravitar todo o sistema em torno da prisão celular. Uma simplificação que prejudicava a necessária individualização da pena, para a qual seriam necessários diferentes tipos de estabelecimentos penitenciários e um grau maior de arbítrio judicial (p. 33). Muito embora Costa e Silva não fosse partidário da indeterminação absoluta da pena, como alguns advogavam na época, ele defendia

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

claramente uma posição que já não pressupunha mais uma sistemática desconfiança em relação aos poderes dos juízes como pilar fundamental da construção do direito penal (p. 55 e seguintes). Na crítica às penas de curta duração, Costa e Silva levanta exatamente o problema do cárcere como um ambiente que desonra aqueles que por ali passam (p. 36), por isso ele advoga que seria necessário prever substitutivos para esse tipo de punição. A condenação condicional, por exemplo, poderia ser um bom meio para evitar o “contágio na prisão” do réu primário, um efeito negativo do encarceramento que, segundo Costa e Silva, seria ainda mais grave no caso brasileiro em função dos defeitos do sistema penitenciário (p. 144). Defeitos, aliás, que também prejudicavam a própria avaliação do sistema celular devido à inexistência de cárceres com células e com o aparato necessário para o trabalho penal, de modo que a regra, no Brasil, era a aplicação do dispositivo do código que previa a conversão em prisão simples aumentada em um sexto (Costa e Silva, 1938, p. 80). Problemas agravados, assim como já tinha dito Galdino Siqueira, pela diversidade da regulamentação penitenciária e processual. Sobre os outros tipos de pena, apesar de Costa e Silva estar convencido de que o centro do sistema punitivo seria a prisão, ele concorda que a multa poderia ganhar mais espaço, ao contrário do que tinha feito o código de 1890 em comparação com o de 1830 (p. 215–216 e p. 227). Já a pena de morte não mereceria lugar em função, basicamente, da inviolabilidade do bem supremo da vida. Nesse trecho, Costa e Silva reitera, ainda, o estereótipo do “bondoso e compassivo... sentimento do povo brasileiro” ao criticar a ditadura instaurada no Brasil em 1937 – o Estado Novo – que restabeleceu constitucionalmente a possibilidade de cominação da morte também para crimes que não fossem de natureza militar (1938, p. 28–29). As colônias penais, segundo o nosso autor, também não seriam uma boa ideia principalmente pelo risco de se tornarem “focos endêmicos de criminalidade” (Costa e Silva, 1938, p. 74).

Mais uma vez, pelo menos nesse trecho sobre o sistema de penas do livro, a avaliação crítica da legislação vigente parece ser muito importante. Então, o mesmo que dissemos a respeito da visão de Hungria sobre Galdino Siqueira poderíamos repetir aqui. Nas críticas levantadas a respeito das penas carcerárias, Costa e Silva demonstra que estava bastante preocupado com os possíveis efeitos negativos do ambiente prisional nos condenados, ao ponto de advogar, inclusive, que as penas de multa poderiam ganhar mais espaço no sistema penal. Porém, o problema central estaria somente na prisão de curta duração. Para as outras, bastaria diversificar os tipos de estabelecimentos penitenciários. Ou seja, a percepção dos problemas do encarceramento não chegou a minar a visão otimista acerca desse tipo de pena herdada do século XIX.

A especificação da figura do penalista, em oposição ao jurista enciclopédico do século XIX, não pressupunha necessariamente, como já vimos, a distinção entre direito penal substancial e processual. Da mesma forma, esse processo não pressupunha a separação em relação à criminologia. A própria especialização articulada com o avanço das abordagens criminológicas entre o final do século XIX

Ricardo Sontag

e início do século XX⁵⁴ constituem o terreno fértil para a proliferação de livros e longos artigos monográficos sobre a questão penitenciária. Um texto como o de Bandeira Filho, que analisamos na parte anterior, já não seria mais, agora, um exemplar quase único. O já citado Costa e Silva, inclusive, chegou a mencionar um novo ramo nascente do direito penal – o “direito penitenciário” – que se ocuparia da regulação e da análise das relações entre Estado e indivíduo condenado. De fato, alguns textos monográficos da época sobre temas penitenciários justificam a conclusão de Costa e Silva. Além disso, ele chegou a mencionar que:

“[e]m nosso país, o governo dictatorial nomeou uma comissão, composta de dois juristas e um médico psiquiatra (Candido Mendes, Lemos Brito e Heitor Carrilho), para a elaboração de um código penitenciário. Depois de 114 sessões, apresentou a comissão o ante-projecto, que contém nada menos de 854 artigos. Disse a mesma comissão que ella ia ‘tornar possível realizar no Brasil o que ainda é uma aspiração em outros países e apenas objecto de estudo em postulados de Congressos Internacionaes’ (Costa e Silva, 1938, p. 112).

Todavia, o fato de tal ramo da ciência jurídica ainda estar em “phase de elaboração” tornava difícil a construção de um código (Costa e Silva, 1938, p. 111-112)⁵⁵. Efetivamente, a consolidação dessa área e a realização de um código ainda demorariam a se realizar.

Vejamos, então, alguns exemplares da literatura monográfica sobre temas penitenciários no período que vai de 1890 até o novo código de 1940.

Boa parte dos capítulos do livro *Estudos de política criminal* de Esmeraldino Bandeira (1912) dedicavam-se à questão penitenciária. Pelo título do livro, nem poderíamos esperar uma abordagem applicativa da legislação vigente. Vale ressaltar, ainda, que o nosso autor foi ministro da justiça e chegou a solicitar com veemência no seu relatório ministerial de 1910 a substituição do código penal de 1890. Essa era a premissa necessária, segundo ele, para que se realizasse a reforma penitenciária (Bandeira, 1910, p. XXXIII), pois o código previa um sistema – o progressivo irlandês – que não saiu do papel, que era impossível de ser aplicado e que não era desejável (p. XXXIII e p. XXXVII). O que ele vislumbrava, substancialmente, é que a reclusão penitenciária deveria ser reduzida ao mínimo e que, naquilo que restasse, ela deveria se transformar em casas de trabalho obrigatório (p. XXXVIII). Logo em seguida, Galdino Siqueira seria comissionado para elaborar um projeto de código. Voltaremos a ele mais tarde. Por ora, permaneçamos com Esmeraldino Bandeira.

“Affirmam em geral os competentes em penologia, apoiados, aliás, na observação da vida carceraria, que a prisão é uma das causas principaes da reiteração do delíc-

54. Sobre a criminologia brasileira na Primeira República, cf. Rebeca Dias (2017).

55. O argumento relembra a clássica abordagem de Savigny, no século XIX, segundo a qual somente culturas jurídicas providas de uma sólida ciência jurídica seriam capazes de dar-se um bom código. Naturalmente, a reverberação da ideia savygniniana aparece amputada, como não é raro ao longo dos séculos XIX e XX na obra de defensores da codificação, de um aspecto fundamental: que esse era um argumento contrário à codificação, pois, a partir do momento que uma cultura jurídica chegasse a tal nível, um código se tornaria completamente supérfluo.

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

to. São hoje vulgares os conceitos de que a penitenciária é a escola normal do crime; a universidade do delicto; a fábrica e o laboratório da reincidência. Um jovem criminoso italiano ponderava que as Casas de Correcção se deviam antes chamar – Casas de Corrupção” (Bandeira, 1912, p. 100).

“A penitenciária... Vale dizer – um cemiterio onde se sepultam e se corrompem os vivos” (Bandeira, 1912, p. 25). Essas duas passagens expressam muito bem o quão incisivas eram as críticas de Bandeira não somente às penas prisãois de curta duração ou ao sistema celular, mas ao cárcere em si. Um tipo de crítica que não galgou, na época, adeptos o bastante para se traduzir em reformas legais, como veremos ao analisar o código penal de 1940, mas que significa uma virada importante. Até agora, as denúncias das mazelas das prisões –que existem desde os primórdios da construção do sistema punitivo moderno no Brasil oitocentista– praticamente não atingiam uma espécie de otimismo de fundo quanto ao encarceramento em si. As críticas ao encarceramento enquanto tal reencontraremos difundida mais tarde, ainda que em outros termos. Os termos do discurso de Esmeraldino Bandeira eram, basicamente, as categorias do positivismo criminológico, principalmente da escola positiva italiana. O já conhecido e rebatido argumento da prisão como ambiente que produz crimes –e mais uma série de efeitos negativos para o condenado e para a sociedade (Bandeira, 1912, p. 105-106)– leva-o à consequência de que essa pena deveria ser reduzida ao mínimo (Bandeira, 1912, p. 103). Era inócuo, segundo Bandeira, tentar encontrar um regime penitenciário perfeito porque cada criminoso reagiria de uma maneira diferente ao ambiente do cárcere (1912, p. 102-103 e p. 106), que seria sempre, de qualquer forma, pernicioso. A solução seria a individualização da pena, de acordo com as classificações de delinquentes feitas pela escola positiva⁵⁶ (principalmente a de Enrico Ferri⁵⁷).

No capítulo destinado aos “sucedaneos da prisão”, Esmeraldino Bandeira elenca uma série de alternativas, não somente para o cárcere de curta duração: multa; prestação de trabalho; reparação à vítima; suspensão da sentença condenatória (*probation*); suspensão da execução da pena (*sursis*); admoestação judicial; e interdição de certos direitos. A lista de alternativas, por si só, não é tão diferente da que veremos mais tarde no debate da segunda metade do século XX acerca das penas alternativas, ainda que seja da maior relevância para nós determinar como o problema é formulado de maneiras diferentes nesses dois momentos. Não é conveniente, aqui, entrar nos detalhes técnicos acerca de cada um dos sucedâneos. Basta-nos indicar que Bandeira só não aprova a *probation* porque ele considera o *sursis* melhor. Todos os outros, de acordo com o tipo de crime e, principalmente, de acordo com as características do delinquente, mereceriam espaço no sistema punitivo legal, sempre pressupondo um amplo arbítrio judicial para a escolha de várias possibilidades de acordo com a situação

⁵⁶ Um dos capítulos do livro, inclusive, é dedicado ao tema da individualização, que ele considera o substituto adequado da velha ideia de proporção entre crime e pena (Bandeira, 1912, p. 57-77).

⁵⁷ Esmeraldino Bandeira, a propósito, discursou em homenagem a Enrico Ferri quando da visita do jurista italiano ao Rio de Janeiro em 21 de novembro de 1908 (Bandeira, 1912, p. 227-237).

Ricardo Sontag

concreta. Bandeira indica em Rafaelle Garofalo a grande inspiração para o seu projeto de reforma do sistema de penas (1912, p. 119). O lugar que restaria à prisão seria, realmente, muito pequeno se considerarmos a lista de crimes para os quais, segundo ele, seria possível estabelecer a pena de multa ou de prestação de trabalho: quase todos que não envolvem violência (Bandeira, 1912, p. 122-123). E a prisão nem ocuparia o topo do sistema –os crimes mais graves e os delinquentes mais perigosos– porque o nosso autor também aprovava a pena de morte (p. 123). Por fim, conclui Esmeraldino Bandeira que, por mais que seja possível levantar ressalvas contra os sucedâneos da prisão, eles ainda seriam “preferíveis á indigência de uma pena única e de applicação irracionalmente igual a todos os crimes e a todos os criminosos” (p. 141).

Outra voz bastante radical que merece ser citada é a de Ataliba Nogueira que, em 1938, publicou um livro intitulado *Pena sem prisão*, mas propondo uma alternativa que não foi explorada por Esmeraldino Bandeira. Chamo Nogueira de radical porque, assim como Bandeira, ele estava convencido de que os defeitos da pena de prisão não eram circunstanciais: ela era, “por sua natureza defeituosa, prejudicial, errada e desnecessária” (Nogueira, 1938, p. 85), “uma barbaria inexplicavel, própria do contraditorio, romantico e estúpido século XIX” (p. 139).

Segundo Nogueira, a história do direito penal no Brasil poderia ser dividida em duas: o “período da colonização penal”, antes de 1830, e o “da pena de prisão” (p. 122). A prisão teria rompido com uma valiosa tradição do direito penal luso-brasileiro: o degredo colonizador⁵⁸. Se, na Europa, talvez não fosse mais possível utilizar esse tipo de pena (p. 122), a existência de grandes áreas para colonizar no interior do Brasil tornaria plausível o uso do degredo colonizador como sucedâneo da prisão (p. 136). Naturalmente, não era plausível utilizar o degredo para todos os crimes. Então, o sistema projetado por Nogueira estaria organizado, esquematicamente, da seguinte maneira: pena de morte para “delitos de morte voluntaria, com agravantes e sem atenuantes” e “traição”; multa para “delitos pequenos ou relativamente pequenos, como ferimentos leves, injúria e calúnia, abuso de autoridade” e similares; castigos corporais para “caftens, lenões, proxenetas ou alcoviteiros e pequenos ladrões”; e para todos os outros, caberia o degredo colonizador (Nogueira, 1938, p. 149-150). A prisão celular só teria lugar quando fosse necessário converter a pena de multa (p. 155-156). A heterodoxa proposta de Nogueira não vingou. Contudo, o seu texto vale como mais um sinal de um processo de mudança no significado atribuído aos defeitos das penas carcerárias.

Então, na literatura monográfica encontramos, mais ainda, um universo em que a simples abordagem da aplicação da lei vigente não era central. Não por acaso, foi no âmbito desse gênero do discurso que pudemos encontrar as mais

⁵⁸ “O Brasil, oferecendo condições inteira e radicalmente diversas das do velho mundo, e até das condições das outras nações americanas, não póde continuar com o artificialismo de um sistema penal, como o de 1890, baseado na pena de prisão. Um tal sistema, embora continuação do importado com as ideias liberais, por ocasião da Independencia, não é nosso, não tem por si a nossa tradição, a nossa experiencia historica” (Nogueira, 1938, p. 93).

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

extensas críticas à pena de prisão e mesmo alguns heterodoxos projetos de reforma. O cárcere começava a aparecer, na opinião de alguns, uma pena defeituosa em si mesma. Era preciso encontrar “sucedâneos da prisão”. O desenho que resulta do conjunto das críticas é que o aparato punitivo se tornaria mais flexível em dois sentidos: i) no aumento dos poderes do juiz para determinar o tipo de pena adequada não somente para o crime cometido, mas para as características do delinquente, com variações entre os autores dependendo do grau de adesão às novidades do positivismo criminológico; ii) na expansão dos limites do sistema punitivo, já que havia, por um lado, a mitigação de algumas penas graças à substituição por multas, por exemplo, e, de outro, enrijecimento, especialmente entre os autores que admitiam a pena de morte. As categorias fundamentais do debate, em um primeiro lance de olhos, parecem ter sido as de periculosidade, defesa social e assim por diante. Tópicos caros à chamada escola positiva, que se dizia particularmente interessada no estudo do “homem delinquente” e não do crime “abstrato”.⁵⁹ Um dado fundamental para compreender que, talvez, o mote de toda a discussão fosse a eficiência do controle punitivo, como bem demonstrou Rafael Mafei (2007) para o caso do livramento condicional e do *sursis*.

“Direito penitenciário”, “sciencia penitenciária”, “penitenciariismo”: a produção literária dos juristas nesse campo multiplicava-se. Não pudemos, aqui, perseguir em detalhes essa literatura, todavia, parece plausível a hipótese segundo a qual o aprofundamento em temas carcerários já não era mais praticado somente por escritos eminentemente administrativos (relatórios de diretores de penitenciárias, de comissões nomeadas pelo governo, etc.). Iniciativas institucionais ajudavam a sustentar e eram sustentadas por essa literatura: em 1930, realizou-se, por exemplo, a 1ª Conferência Penal e Penitenciária no Rio de Janeiro. O debate em torno da adequada regulamentação do cotidiano das prisões, muito embora se esperasse que a situação dos condenados melhorasse, parece ter girado em torno, em regra, não dos “direitos”, mas da disciplina, do controle e, no máximo, dos deveres da administração.⁶⁰

Se, na opinião de alguns dos juristas que acabamos de analisar, a pena prisional talvez não fosse tão civilizada como pensavam os otimistas comentaristas do código criminal de 1830, tornar o poder punitivo mais eficiente parece ter se sobrepujado à ideia de civilizar o direito penal estatal. A dúvida fundamental era: bastaria aperfeiçoar o cárcere ou seria necessário buscar “sucedâneos”?

59 Muito embora essa própria divisão deva ser feita com cautela, na medida em que fundadora da autoimagem da escola positiva no seio dos embates político-acadêmicos da época.

60 Lemos Britto (1924), em extensa pesquisa sobre a situação das penitenciárias brasileiras na década de 1920, ao denunciar a frequente cisão entre os textos normativos e a realidade das prisões, até se aproximou, em alguns momentos, de reivindicar direitos dos presos. Não devemos, porém, exagerar na interpretação dessas pequenas passagens e do genérico lamento pela falta de “humanidade” das condições dos cárceres. A ênfase, portanto, parecia estar nos deveres da administração (que não necessariamente correspondiam a simétricos direitos dos presos juridicamente exigíveis). Inclusive, vale lembrar que o mesmo Lemos Britto era da opinião de que o judiciário não deveria, salvo situações excepcionais, “imiscuir-se nos negócios internos dos estabelecimentos penitenciários” (1946, p. 36).

“Sucedaneos”?

Não é por acaso que tanto se falou em reforma no período sobre o qual estamos nos debruçando. De fato, o código de 1890 já nasceu com pouco prestígio e muito cedo surgiram projetos para substituí-lo: entre 1893 e 1899 (projeto João Vieira); 1913 (projeto Galdino Siqueira); 1927-1933 (projeto Sá Pereira); 1938 (projeto Alcântara Machado). Em 1940, o código de 1890 foi finalmente substituído. Isso sem contar o já referido projeto de código penitenciário de 1938, aspiração que só se concretizaria em 1984 com a Lei de Execução Penal, já sob uma nomenclatura diferente, que talvez indique, também, alguma diversidade de objeto e de clima intelectual. Não poderemos acompanhar, aqui, os detalhes de cada um desses projetos, mas, quanto às iniciativas de substituição do código penal de 1890 que se sucederam entre 1893 e 1940, vale a pena, pelo menos, indicar de maneira genérica se e em que medida elas reverberaram o debate intelectual – e as críticas – sobre as penas carcerárias.

No projeto de 1893 elaborado por comissão capitaneada pelo deputado e jurista João Vieira de Araújo, ainda se percebe a confiança no encarceramento com trabalho como fulcro do sistema punitivo. Dos seis tipos de pena previstos, três pressupunham o encarceramento (ergástulo, prisão e detenção). As outras punições eram interdição de ofícios públicos, privação do exercício de profissão ou arte e multa. A grande diferença para o sistema do código de 1890 era a abolição do regime celular, mencionado na exposição de motivos como “uma das aberrações do século XIX” (Araújo, 1893, p. 57), através de uma citação de Enrico Ferri. O projeto, ainda, organiza de maneira um pouco diferente em relação ao código de 1890 o trabalho em cada tipo de encarceramento: obrigatório em todos, mas de maneiras distintas. No ergástulo (prisão perpétua), o condenado poderia ser empregado, inclusive, em tarefas perigosas ou insalubres. Na detenção, o condenado poderia escolher dentre as opções de trabalho oferecidas pelo estabelecimento, possibilidade inexistente na modalidade prisão simples (Araújo, 1893, p. 117). Em termos de detalhamento do regime penitenciário, o projeto foi bastante econômico (assim como o código de 1890), com a justificativa de não “manietar” os estados no “cumprimento das diferentes espécies de penas” (p. 57). Ao prever a condenação condicional como complemento do já existente livramento condicional do código de 1890, a exposição de motivos do projeto argumentou que era preciso evitar os “efeitos desmoralizadores do carcere sobre os novos delinquentes de pequenos crimes” (p. 62). Nada que maculasse, porém, a confiança nas penas carcerárias com trabalho. A versão final do projeto, aprovada em 1899 depois dos debates parlamentares, não trouxe mudanças significativas acerca dos pontos que mais nos interessam. As penas previstas eram: prisão com trabalho; “correção em colônia penal, e recolhimento a hospício ou asilo”⁶¹; multa; interdição de direitos (que, basicamen-

61 A colônia penal estava prevista, no projeto original, como uma possibilidade no âmbito da detenção. O projeto não definia com exatidão a diferença entre a prisão com trabalho e a correção em colônia penal, mas é de se supor que a prisão seria mais grave, pois a correção foi prevista para situações menos

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

te, corresponde às interdições do projeto original); deportação; perda de objeto apreendidos. Seguindo o código vigente na época, a prisão perpétua foi proscrita e a possibilidade de escolha do trabalho na prisão foi restaurada. Seguindo o projeto de 1893, o isolamento também não fazia parte do regime penitenciário. O *sursis* não foi adotado, mas somente o livramento condicional (como no código de 1890) (Brasil, 1900, p. 59–61).

O projeto de código penal elaborado por Galdino Siqueira e publicado em 1913, materializa a confiança que o autor ainda nutria na prisão com trabalho como pena, que já pudemos ver ao analisar o seu tratado publicado alguns anos mais tarde, em 1921. Ou seja, de acordo com a exposição de motivos, o cárcere seria um fator de corrupção a ser evitado nas penas de curta duração através de substitutivos, como o *sursis*, adotado pelo seu projeto (Siqueira, 1913, p. 91). De resto, para os efeitos negativos do encarceramento em geral, o antídoto seria o trabalho nas prisões, considerado moralizador (p. 82–83), argumento que já vimos nos comentaristas do código criminal de 1830. O autor do projeto também reiterou a crítica ao fato de a regulamentação penitenciária não ser unificada em todo o país, segundo ele em função de uma interpretação equivocada da constituição de 1891. Esta seria, portanto, a causa do “espectaculo nada edificante que apresentam as cadeias e casas de correcção, moldadas pelo systema antigo, já que á maioria dos mesmos Estados, fallecem para executar o systema cellular creado pelo codigo vigente” (p. 90). Para Siqueira, a matéria penitenciária seria de direito criminal substancial, e, portanto, recairia na competência legislativa do congresso nacional⁶². A exposição de motivos do seu projeto criticava, ainda, a ideia de pena única (exatamente a ideia elogiada por Baptista Pereira e adotada, em parte, no seu código de 1890), mas não ousou muito, isto é, para além da prisão correcional para menores (que é outro tema que não poderá ser detalhado aqui), o projeto adotou somente dois tipos: reclusão e detenção (art. 24). Vale lembrar que o problema da pena única operava em dois níveis: na diminuição de outros tipos de pena que não as carcerárias e na diminuição dos diversos tipos de penas carcerárias. Por essa razão era possível que Galdino Siqueira criticasse a ideia de pena única, e, ao mesmo tempo, elogiasse e adotasse as penas de prisão como “chave de abóbada” do seu projeto, apesar dos protestos contra a pena prisional daquele que tinha sido ministro da justiça poucos anos antes, entre 1909 e 1910 (o nosso já conhecido Esmeraldino Bandeira). Siqueira afirma, ainda, que “incontestavelmente as penas privativas da liberdade pessoal cons-

graves, como as contravenções de vadiagem e capoeiragem. De resto, o artigo é tecnicamente muito defeituoso porque trata, ainda, de hospícios e asilos sem defini-los, o que seria importante pois, em sentido médico, eles nem seriam penas propriamente.

62 O artigo em questão da Constituição de 1891 era o seguinte: “Art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional: ...23. Legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal”. Mesmo no período imperial, não havia regulamentação centralizada da administração penitenciária, porém, o processo era unificado. A diversidade processual também é objeto da crítica de Galdino Siqueira (1913, p. 90–91). O projeto de Siqueira dispunha, “no art. 33, que cabe á União provêr sobre a organização, mantença e administração dos estabelecimentos penitenciários, divisão dos presos em classes, sobre o destino do trabalho destes, serviço religioso e disciplina interna” (1913, p. 91).

Ricardo Sontag

tituem em geral o meio mais eficaz de prevenção e repressão, no mais breve prazo e com mais economia”, e, em nota, cita Gabriel Tarde, que teria refutado “cabalmente a these de Ferri sobre a ineficácia das penas em geral, e especialmente das penas privativas da liberdade pessoal” (Siqueira, 1913, p. 79). Por fim, o projeto ainda nutria esperanças no sistema celular com isolamento (previsto em algumas situações no art. 25) (p. 146). Uma posição que parece ter se modificado, como já vimos, no seu tratado de 1921.

A exposição de motivos do projeto de Virgílio de Sá Pereira de 1927⁶³ expressava a preocupação em ampliar o arsenal punitivo, muito embora as críticas à prisão fossem bastante circunscritas. Como penas principais, o projeto previa a multa, o exílio local (que, de certa forma, reinventava o desterro do código criminal de 1830), a detenção, a prisão e a relegação. Atalhados os problemas da adequação do valor da multa à condição econômica do acusado (e utilizada como pena paralela à detenção de modo que o juiz ganhasse margem de manobra para individualizar a punição), ela seria um expediente plenamente recomendável, na opinião de Sá Pereira. Além disso, a multa serviria para substituir as penas carcerárias de curta duração, evitando o perigo do “contágio” entre delinquentes “primários e de ocasião” e aqueles efetivamente temíveis (Sá Pereira, 1930, p. 95-100). Mas como o problema era o “contágio” entre tipos de delinquentes, Sá Pereira também utiliza a própria detenção como substitutivo da prisão. Já que a detenção estaria reservada somente para condenados por crimes leves, primários, delinquentes “de ocasião”, não haveria o risco de eles serem corrompidos pelos outros mais perigosos (Sá Pereira, 1930, p. 102)⁶⁴. No que diz respeito à regulamentação dos cárceres, o projeto também foi econômico em comparação com o que veremos em leis específicas mais tarde, mas foi o que mais avançou na regulamentação até então. Nessa parte, é digna de nota a existência de um artigo que vedava “o castigo corporal em todo estabelecimento onde se cumprir pena e commette crime quem o infligir” (art. 82) (p. 73) e um período de isolamento celular ainda era previsto (art. 198, I e art. 114) (Sá Pereira, 1927, p. 75-76). Além disso, o art. 121 estipulava que “em caso extremo de perigo de vida para o sentenciado, os rigores da lei e dos regulamentos se abrandarão ao influxo da piedade humana e da caridade christã”, um dispositivo que, por trás dos bons sentimentos, talvez nos revele, justamente, que tais leis e regulamentos sobre o cotidiano dos cárceres não eram pensados, prevalentemente, em termos de garantia de direitos para os condenados. O artigo vedando os castigos corporais é um caso extremo, uma exceção plantada em terreno ainda pouco fértil. De resto, Sá Pereira estava convencido de que as condições materiais do sistema

63 A primeira versão da parte geral foi publicada em 1927, mas a exposição de motivos é de 1930. Nos aspectos que nos interessam, a nova versão do projeto apresentada em 1932 não trouxe modificações de relevo (Sá Pereira, Moraes, Bulhões Pedreira, 1933, p. 17-26)

64 O projeto ainda previa, no seu art. 98, a possibilidade de uma detenção curta ser cumprida em casa. Porém, os motivos determinantes desse instituto que ganhará terreno nas décadas subsequentes não pareciam ter relação com o modo como o autor do projeto via o cárcere, mas, tão somente, com as condições de determinados sujeitos, pois o juiz poderia decidir por tal substituição somente para “mulheres grávidas ou morigeradas” e para “pessoas enfermas ou idosas” (Sá Pereira, 1927, p. 75).

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

penitenciário brasileiro eram péssimas⁶⁵. No caso da relegação, o condenado seria enviado para uma colônia penal e ela funciona como uma espécie de inverso do livramento condicional. Uma pena poderia ser excessiva e por isso era permitido que o condenado provasse a sua aptidão para a vida livre. Sá Pereira cogitou o inverso, isto é, que a pena de prisão também poderia ser insuficiente. Nesse segundo caso, dentro de determinadas condições, sobreviria a relegação (Sá Pereira, 1927, p. 76-77). A ideia era inspirada nas práticas da Inglaterra e da França que, ao longo do século XIX, mesmo com o avanço do carceroцентризм, enviavam condenados para as suas colônias do além-mar. Sobre as reiteradas críticas ao insucesso dessa prática punitiva na Austrália e na Guiana Francesa, Sá Pereira respondia dizendo que o problema não estava na pena em si. Para as condições brasileiras, ela seria uma pena ótima em função do nosso “vasto território, inúmeras ilhas e escassa população” (Sá Pereira, 1930, p. 107). A relegação não teria funcionado na Austrália e na Guiana Francesa por causa da distância em relação à Europa, dificultando, assim, a devida fiscalização (o que, segundo ele, não aconteceria no Brasil). Ademais, o caso australiano teria falhado, também, graças à descoberta de minas de ouro (Sá Pereira, 1930, p. 107). O *sursis* e o livramento condicional também estavam previstos no projeto (Sá Pereira, 1927, p. 77-79). Nem o discurso de Sá Pereira e nem os dispositivos do projeto, porém, iam tão longe quanto as críticas e os horizontes de reforma de um Esmeraldino Bandeira ou de um Ataliba Nogueira. O autor do projeto de código reconhecia que “o problema grave e temível, é quando, tendo cumprido a pena, [os ex-condenados] reingressam na sociedade. Com o estigma da prisão, são uns suspeitos para todo mundo” (Sá Pereira, 1927a, p. 219). A solução, porém, não passava por uma mudança profunda no arsenal punitivo em si, mas nos patronatos, que intermediariam a passagem do cárcere para a vida livre:

“[t]eremos então de organizar os patronatos de menores e liberados, e esta obra, que será provida de benefícios humanos e sociaes, irá principalmente pesar sobre os frageis hombros da mulher brasileira. Não vos arreceies, porém, senhoras, da vossa fraqueza. A obra é santa, Deus a abençoará, e logo sentireis que a cruz se aligeira, e os obstaculos se somem deante dos vossos pequeninos pés” (Sá Pereira, 1927a, p. 220)⁶⁶.

65 Não só do brasileiro, porém. A proposta de individualização da pena exigiria reformas no âmbito do ensino do direito e do sistema penitenciário, “se é que no Brasil o temos. Não devemos por isso cobrir o rosto de vergonha, porque raros são os paizes do velho mundo que têm, na pratica, o systema penitenciario que ostentam no papel. Na America do Sul, só há duas penitenciarias modelares – a de Buenos Aires e a de São Paulo. Vergonha será, porém, e não pequena, se continuarmos nessa indiferença malfazeja, porque as sociedades têm os criminosos que merecem. Vergonha será, e não pequena, que promulgueis um Código Penal, e não o executeis justamente naquella parte que eu denominarei a sua região cardíaca, isto é, no seu systema penitenciario” (Sá Pereira, 1927a, p. 219).

66 Não poderemos, aqui, perseguir o grande tema dos patronatos. Para os nossos fins, basta registrar que, no discurso em torno deles, às vezes vinha à tona o problema dos efeitos criminógenos do cárcere, como na passagem citada de Sá Pereira. Da mesma forma, não poderemos aprofundar nos aspectos de gênero dos discursos e práticas relativas à execução penal, seja quando o sujeito em questão é o condenado, seja quando é um agente colaborador das instituições (caso das mulheres mencionadas no trecho reportado de Sá Pereira). Basta registrar que uma história focando as questões de gênero nesse tema talvez seja mais interessante do que se poderia imaginar com uma leitura superficial das fontes.

Ricardo Sontag

A grande diferença entre o projeto Sá Pereira e o subsequente, apresentado por Alcântara Machado em 1937, reside na simplificação do sistema punitivo. Na lista de penas, figuram, basicamente, reclusão, detenção, segregação e multa. A detenção, assim como no caso do projeto anterior, é uma prisão menos rigorosa para “criminosos ocasionais” (art. 31, § 1º, I) (Machado, 1938, p. 244). A possibilidade de substituição de detenção por custódia domiciliar continuou existindo para enfermos e pessoas de constituição física frágil em geral e para mulheres (não necessariamente grávidas), desde que “honestas”. Em ambos os casos, desde que não fossem, também, considerados sujeitos perigosos (art. 31, § 4º, I e II) (Machado, 1938, p. 245). A segregação poderia ser acrescida às penas carcerárias pelo mesmo tempo para “selvícolas incompletamente adaptados, em seção especial de instituto de trabalho obrigatório”⁶⁷ e para “portadores de grave anomalia psíquica e pelos surdo-mudos incompletamente educados, em seções especiais de casa de tratamento e custódia” (art. 32) (Machado, 1938, p. 246). Sobre a regulamentação das penas carcerárias, como explicou Alcântara Machado na exposição de motivos, “o ante-projeto se desvia do projeto da Comissão Legislativa, que, ao discipliná-las, entra nos pormenores de sua regulamentação, o que se nos afigura matéria do código penitenciário” (p. 215). Efetivamente, um dos poucos dispositivos a respeito tratava dos castigos, que, no caso das “penas detentivas”, não poderiam ofender a “dignidade humana”⁶⁸. Um artigo ambíguo, pois, por um lado, amplia a limitação aos castigos disciplinares impostos aos condenados, mas somente para a detenção, não para a reclusão. Em suma, o sistema penal do projeto de Alcântara Machado estava centrado no encarceramento⁶⁹, apesar, ainda, da restauração da pena de morte, sobre a qual precisamos nos deter por mais um instante. Na verdade, o autor do projeto não aprovava esse tipo de pena:

“[n]ão propomos o restabelecimento da pena de morte, que a República aboliu. Inútil seria reabrir um debate secular, em que se esgotaram, de parte a parte, todos os argumentos. Basta a convicção, que temos, de que as condições atuais do meio brasileiro não exigem a adoção de uma penalidade, contra a qual se levantam objeções da maior gravidade e transcendência”

Todavia:

“[r]essalvada a nossa maneira de encarar o problema, deixamos a solução ao critério do Governo; e, a exemplo de Jorge Coll e Eusebio Gomez, autores do projeto

67 A simples aplicação de penas estranhas às culturas indígenas por agentes e instituições igualmente estranhas a elas já não seria, pelo menos em alguns casos, etnocida, no sentido atribuído ao termo pelo antropólogo Pierre Clastres? Se a dúvida, nesse plano mais geral, é plausível, o artigo sobre segregação do projeto de Alcântara Machado não deixa dúvida: trata-se, claramente, de um dispositivo etnocida.

68 “Art. 35: Os regulamentos dos estabelecimentos penitenciários destinados à execução das penas detentivas não podem autorizar medidas disciplinares que ofendam a saúde ou a dignidade humanas, ou que reduzam a remuneração do trabalho do sentenciado” (Machado, 1938, p. 247).

69 Vale ressaltar que, talvez, parte dessa centralidade seja fruto da separação entre crimes e contravenções, isto é, o projeto não contemplava a matéria contravencional. Talvez lá penas não carcerárias poderiam ter sido empregadas, mas não nos é dado saber porque o autor do projeto não se ocupou de elaborar um projeto de lei de contravenções.

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

argentino, redigimos as disposições correspondentes, para o caso do Governo entender de usar da faculdade conferida pelo art. 122 n. XIII da lei constitucional em vigor” (Machado, 1938, p. 215).

O dispositivo constitucional mencionado é da constituição de 1937, outorgada pelo presidente Getúlio Vargas quando da instauração, em novembro daquele ano, da ditadura do Estado Novo. Em suma, com essa postura, estamos diante de um jurista que praticamente abdicou do dever cívico que outrora foi constitutivo da ciência do direito penal de ser uma voz contrária às involuções civilizatórias propugnadas por regimes autoritários⁷⁰ (fossem eles parlamentares ou ditaduras propriamente).

Façamos uma pequena síntese das tendências de todos os projetos que vimos até agora. Somente o de João Vieira proscreveu o isolamento celular. O projeto Sá Pereira avançou um pouco mais na regulamentação penitenciária, porém, como já se cogitava, na época, de elaborar uma lei ou um código específico para tal matéria, Alcântara Machado voltou o “minimalismo” de João Vieira e de Galdino Siqueira. De qualquer forma, uma melhor regulamentação das penitenciárias –no código penal ou não, pelos estados ou pela União– foi uma exigência sentida em todo o período. Não por acaso, a constituição de 1934 (art. 5º, inc. XIX, letra c) determinou explicitamente a competência da União para legislar sobre “regime penitenciário”, regra que seria repetida pela Constituição de 1946 (art. 5º, inc. XV, letra b)⁷¹. Todos os projetos incorporaram, além do livramento condicional, a suspensão condicional da condenação (*sursis*). Mesmo sem verificar o “peso” das penas carcerárias na parte especial dos projetos, parece possível sustentar que não houve um deslocamento radical nesse aspecto em direção à multiplicidade do início do século XIX ou àquela desejada por um Esmeraldino Bandeira em nome da individualização. Todos sentiam a necessidade –em maior ou menor grau– de ampliar o espaço de discricionariedade do juiz em nome da individualização, mas sem propor grandes reformas no arsenal punitivo. A visão menos negativa que todos parecem pressupor em relação à multa, ao que parece, também permaneceu dentro desses marcos.

Em várias ocasiões foi possível entrever uma percepção negativa do cárcere por parte dos nossos reformadores, que a prisão poderia ser uma “fábrica de crimes”, todavia, sempre de uma maneira circunscrita. Galdino Siqueira, por exemplo, confiava no trabalho como antídoto contra a força desmoralizadora do cárcere; Sá Pereira acreditava que a devida classificação dos delinquentes e a colocação deles em estabelecimentos ou seções distintas evitaria o “contágio” dos grandes criminosos sobre os “ocasionais”, e, além disso, apostava em pa-

⁷⁰ Refiro-me, mais uma vez, à noção de *penalistica civile* de Mario Sbriccoli (2009b). Para uma contextualização mais detalhada da postura de Alcântara Machado em relação à pena de morte, peço licença para remeter a Sontag (2009, p. 70–93, especialmente p. 88–89).

⁷¹ A constituição de 1946, inclusive, usou uma expressão mais abrangente: “direito penitenciário”. Esses aspectos das constituições de 1934 e 1946 também já tinham chamado a atenção de Amaral (2016, p. 126–127).

Ricardo Sontag

liativos que não implicavam em grandes mudanças no aparato penal, como os patronatos.

O projeto Alcântara Machado seria revisado por uma comissão formada pelos juristas Nelson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Vieira Braga (com a colaboração externa de António José da Costa e Silva). Dessa revisão, resultaria o código penal brasileiro de 1940⁷², outorgado durante a ditadura do Estado Novo.

O sistema punitivo do código de 1940 era bastante simples. Nas penas principais, encontramos dois tipos de punições carcerárias (reclusão, com regras de execução mais rigorosas, e detenção, menos rigorosa) e a multa. A multa, porém, nunca aparece sozinha. Ao lado da pena pecuniária, o juiz sempre tem à disposição a pena carcerária, se julgar que aquele determinado crime era grave o suficiente para merecer mais do que uma multa. Já temos, assim, sinais claros de que o código penal de 1940 não se afastava da tradição carcerocêntrica que se consolidou com o código de 1890. De qualquer forma, vejamos os cálculos do “peso” de cada pena na parte especial do código de 1940 para que possamos detalhar a comparação com os dois anteriores (anexo 5).

Na tabela anterior, relativa ao código de 1890, a porcentagem de penas carcerárias era de aproximadamente 60,66%. Agora, esse número subiu para mais de 80%. Apesar de todas as críticas levantadas contra o encarceramento, portanto, houve um aumento significativo.

Porém, tendo em vista o número de ocorrência da pena de multa como alternativa, tomemos a hipótese extrema de todos os juízes estarem particularmente imbuídos de uma espécie de sentimento “anticarcerário”. Nesse caso, todos prefeririam aplicar a pena de multa. Façamos, então, o seguinte cálculo: quando diferentes penas são cominadas alternativamente (ex.: reclusão ou multa), contabilizemos somente uma cominação em favor da multa (uma para cada modalidade) (anexo 6). Com esse cálculo, o decréscimo foi de apenas 3,1% no “peso” das penas carcerárias em comparação com a hipótese – da tabela anterior (anexo 5) – em que criamos uma espécie de anulação entre as duas alternativas.

O código de 1940, porém, diferentemente dos dois anteriores, não abarcava a matéria miúda das contravenções, que foi regulada por lei especial em 1941. Por isso, precisamos incluir no raciocínio a contagem das penas dessa lei para que a comparação funcione (muita embora estejamos deixando de fora, conscientemente, a legislação especial de um modo geral) nas duas variações que utilizamos, ou seja, na que anula a alternativa e multa e prisão (anexo 7) e na que prefere sempre a multa (anexo 8).

Se cruzarmos as tabelas relativas ao código de 1940 com as da lei de contravenções, podemos concluir por uma relativa estabilidade no carcerocentrismo herdado do código de 1890. Pelos números da tabela 8, se o juiz sempre escolhesse apenas uma contravenção com multa no lugar da prisão, o uso do encarceramento cairia drasticamente. Mesmo sabendo que essa é uma hipótese

⁷² Na época, levantou-se, inclusive, a polêmica se o resultado da revisão seria um novo projeto – como pretendiam os titulares da comissão revisora – ou uma simples revisão – como queria Alcântara Machado.

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

meramente ideal, é possível concluir que os debates em torno da inadequação das penas carcerárias de curta duração reverberaram na lei de contravenções de 1941.

A exposição de motivos do código penal de 1940 é praticamente omissa a respeito dos pontos que nos interessam. Porém, um dos autores do código – Roberto Lyra – escreveu comentários sobre os artigos referentes às penas na década de 1950, e, ainda, António José da Costa e Silva, colaborador da comissão revisora, também escreveu comentários a respeito no seu tratado publicado postumamente em 1943. Nelson Hungria, por sua vez, manifestou-se sobre temas do nosso interesse em conferências na década de 1940, cujas transcrições foram publicadas em revistas jurídicas. Começemos por este último.

O “penitenciarismo” brasileiro, desde a década de 1910, segundo Hungria, obteve importantes sucessos não somente no plano teórico, mas, também, no aperfeiçoamento dos cárceres (1943, p. 18). Com um otimismo que destoava do que vimos até agora, ele menciona vários estabelecimentos que estariam obtendo resultados dignos de encômios (Hungria, 1943, p. 18). Hungria deplorava o “recente doutrinário penalógico” que “insiste no paradoxo da abolição radical, ou, mais precisamente, da pena de prisão, que deveria ser substituída, de futuro, por medidas de tutela e educação readaptativa” (1944, p. 11). Uma consequência que estaria dentro da “lógica da escola penal positiva”, corrente teórica que Hungria também não apreciava. Não por acaso: o tecnicismo jurídico-penal, também na Itália, costumava censurar em Lombroso, Ferri, Garofalo e seus seguidores o fato de eles alçarem a reflexão sobre os crimes e as penas para âmbitos que não seriam jurídicos (para o padrão tecnicista, naturalmente, que via o jurídico como lei e, conseqüentemente, a aplicação da lei vigente deveria ser o centro da ciência jurídica). Evidentemente, nem todo adepto da escola positiva era um crítico da pena de prisão como um Esmeraldino Bandeira. É verdade, porém, que autores como Enrico Ferri desconfiavam da pena em si (entendida como retribuição afliativa pelo crime cometido): seriam necessários outros meios preventivos; seria necessário transformar a própria pena. Na teoria unitarista de Ferri, ela seria substituída por sanções adequadas à periculosidade dos sujeitos. Nas teorias dualistas, haveria, de um lado, as medidas de segurança, e, de outro, a pena tradicional. Em nenhum dos casos, todavia, o resultado seria necessariamente um projeto de desencarceramento. Mas voltando ao nosso Hungria, as críticas radicais à pena de prisão seriam “objurgatórias de profeta bíblico”, típicas do “pessimismo dos adversários da penitenciária” (1944, p. 12).

Antônio José da Costa e Silva inicia o seu comentário aos artigos do código que nos interessam mencionando o debate acerca da multiplicidade ou unicidade das penas privativas de liberdade. Algumas vozes desse debate, como já vimos, chegaram a questionar a própria centralidade da pena carcerária, como anotou, também, o nosso autor ao dizer que “[h]á muito tempo que críticas acerbas se fazem às penas privativas de liberdade” (Costa e Silva, 1943, p. 212). Em nota a esta passagem, um dos autores citados é, não por acaso, Ataliba Nogueira com o seu “Pena sem prisão” de 1938. Todavia, segundo Costa e Silva, “[a]ndou com

Ricardo Sontag

todo acerto o legislador pátrio, consagrando unicamente duas penas dessa espécie [privativas de liberdade] – a reclusão e a detenção” (1943, p. 211).

Sobre os regulamentos das prisões, Costa e Silva afirma que eles deverão estabelecer os “favores a que terão direito os condenados e as medidas disciplinares que poderão ser aplicadas”. O uso do termo “favores” parece-me significativo da concepção que se consolidou ao longo do século XIX e início do século XX: mesmo as humanitárias preocupações dos reformadores e filantropos com a sorte dos condenados poderiam se traduzir em verdadeiros direitos? Não poderemos, aqui, acompanhar em detalhes o desenvolvimento do debate acerca da regulamentação da fase de execução para determinar se e quando houve um deslocamento na direção dos direitos, mas esse é um dos temas sobre o qual esta pesquisa pretende continuar se debruçando no futuro. Ainda sobre regulamentação, explica Costa e Silva que:

“[p]remios de várias espécies (como, exemplificando, o encurtamento do prazo da pena, good time system) costumam ser concedidos aos condenados que se comportam corretamente e que se mostram operosos. As determinações dos regulamentos nem sempre são obedecidas. Para manutenção da ordem, torna-se necessário às vezes recorrer a punições disciplinares. Em geral, a administração é que as impõe. Tem-se procurado dar aos condenados garantias contra possíveis abusos” (1943, p. 223).

Sobre os abusos, no código penal de 1940 existiam os já referidos artigos limitando os poderes disciplinares dos administradores do cárcere. Ainda eram poucos, mas a esperança de juristas como Costa e Silva é que sobreviesse uma lei ou um código com mais detalhes⁷³.

As opiniões de um dos codificadores de 1940, Roberto Lyra, por um lado, funcionam quase como uma exposição de motivos do código, mas, por outro, apontam linhas de pensamento que vão bastante além.

Sobre as duas penas carcerárias previstas na lei, Lyra defendia a opção da comissão arguindo que o “Código brasileiro, elaborado na previsão de um Código Penitenciário minucioso e discriminador, equidistante da rigidez da pena única ou da pluralidade artificial, e sem incidir na economia de nomenclatura do código italiano... orientou-se pelas necessidades mínimas da individualização judicial” (1958, p. 77-78). A multiplicidade em contraposição à unicidade, aqui, referia-se aos tipos de penas de prisão. Sobre o uso da multa, o objetivo era diminuir as penas prisionais de curta duração, mesmo não sendo ela, segundo Lyra, uma “sanção própria do direito penal”⁷⁴, mesmo reconhecendo que “o desenvolvimento da vida econômica restaurou, a partir do fim do século XIX, o

⁷³ “As medidas disciplinares não devem ser de tal natureza que exponham a perigo a saúde do condenado. Os castigos corporais são inadmissíveis, pois atentam contra a dignidade humana. São estes os poucos princípios que o código consigna acerca da execução das penas privativas de liberdade. O desenvolvimento desses princípios compete a outras leis. Elas poderão formar um código especial” (Costa e Silva, 1943, p. 223).

⁷⁴ Não por acaso, o código de 1940 nunca estabeleceu a multa como pena autônoma: “[a] rigor, não há mais crimes e sim réus punidos com multa, pois esta é sempre cominada alternativa ou cumulativamente” (Lyra, 1958, p. 162).

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

seu prestígio. Êste cresceu e manteve-se, quando os males das penas privativas de liberdade penetraram na consciência dos legisladores” (Lyra, 1958, p. 81). Os “males das penas privativas de liberdade”: na sequência desse fragmento, Lyra desenha um quadro tétrico da vida nas prisões, um tema sobre o qual ele voltaria a se debruçar em outros momentos. Mesmo assim, em comparação com o arsenal punitivo pré-moderno, na opinião de Lyra, a prisão é “menos desigual do que as penas corporais na aplicação, mais propícia à individualização e mais eficiente do ponto de vista da readaptação individual” (1958, p. 84). Por outro lado, ela:

“não se integrará totalmente nas vantagens históricas de seu advento, enquanto desfalar a sociedade de fatores de trabalho e dissolver a família; enquanto persistirem as prevenções contra os egressos e as demais dificuldades da readaptação; enquanto se der mais importância à pena do que ao delito e, sobretudo, ao criminoso; enquanto desmoralizar e corromper pela promiscuidade carcerária; enquanto onerar o Estado” (p. 84).

Por isso a necessidade de permitir ao juiz, sempre que possível, escolher entre uma pena carcerária e a multa (p. 84-86). Mesmo assim, Lyra ainda arremata com uma conclusão cuja radicalidade, ousado dizer, convida-nos a ir além da narrativa histórica progressiva que ele mesmo tinha construído até aqui:

“[a] prisão é método penal moderno. Não havia necessidade dela, quando a repressão girava em torno da pena capital e das penas corporais e da transportação. Surgiu como reação contra ignomínia, a crueldade e a estupidez dos castigos, para humanizar e racionalizar o tratamento do criminoso. Ninguém se deu, porém, ao trabalho de investigar se, na realidade, era mais humana” (1958, p. 91).

Os mais radicais críticos da prisão que vimos no período anterior ao código penal de 1940 questionavam basicamente a sua eficácia. A crítica aos males que a prisão causava aos condenados era uma espécie de subproduto desse raciocínio. O discurso muda de direção se levarmos a sério o chamado de Lyra. Inclusive, o nosso autor chega a citar Ataliba Nogueira, aparentemente discordando, mas considerando de todo o interesse as críticas feitas à prisão, que reverberavam em uma série de especialistas também citados por Lyra que desenvolveram o tema dos efeitos perniciosos do cárcere (1938, p. 115-116).

Comentando o artigo do código referente à disciplina das prisões (que proibia medidas perigosas à saúde do condenado), Lyra defendia que todo e qualquer castigo administrativo deveria estar previsto no código penitenciário (1958, p. 142). A prisão é pena moderna, mas ele alertava que no interior dessa pena tão moderna eram aplicadas verdadeiras “torturas disciplinares” (p. 140-141). Sobre esse ponto, ele conclui evocando a “dignidade humana” (conceito utilizado, no Brasil, nesse tema, aparentemente, pela primeira vez, no projeto Alcântara Machado): “[n]ão é necessário justificar a ofensa à dignidade humana produzida pelos castigos corporais” (p. 145).

Ricardo Sontag

Roberto Lyra, na condição de “coautor” do código penal de 1940 expressava, efetivamente, um discurso surpreendentemente crítico acerca da pena de prisão. Porém, parece pouco provável que ele estivesse imaginando alternativas radicais como as de Esmeraldino Bandeira ou Ataliba Nogueira. Pelo menos não nesse escrito da década de 1950. Os “sucedaneos” da prisão, nos projetos que vimos entre 1893 e 1937, foram experimentados timidamente. No código de 1940, restou somente a multa. As “objurgatórias” contra o cárcere, porém, não cessariam. Antes pelo contrário: elas vão se multiplicar impulsionadas, também, por renovadas abordagens criminológicas. Novos “profetas bíblicos”? Uma metáfora bastante unilateral se considerarmos o quanto esses juristas estavam muito mais dispostos a olhar para baixo do que um “profeta bíblico”, isto é, para o concreto funcionamento da justiça criminal e da realidade penitenciária.

“Os males das penas privativas de liberdade (...) na consciência dos legisladores”. O cárcere no sistema punitivo em xeque (1940–1984)?

Os “males”

Alguns livros de comentários ao código penal de 1940, na parte sobre o sistema punitivo, mantiveram vínculos com a velha tradição que estudamos no período 1830–1890: por um lado, o texto legal do código é central para a constituição do saber jurídico, mas, por outro, o papel do jurista não deve se exaurir no comentário aplicativo. Outros seguiram a estrada do tecnicismo jurídico, que defendia a centralidade da reconstrução sistemática do direito vigente tendo em vista a aplicação da lei estatal (a chamada “dogmática”), um caminho que –essa é uma hipótese a ser melhor verificada– parece ter predominado especialmente no ensino do direito penal. Não por acaso, mesmo juristas que discordavam do tecnicismo no âmbito epistemológico, concordavam que o ensino deveria seguir pela “estrada segura da lei”. É o caso de Roberto Lyra⁷⁵. Mesmo juristas que defendiam o tecnicismo desde a primeira metade do século XX, como Nelson Hungria, em textos que, provavelmente, eram concebidos para uma espécie de “elite da elite” (isto é, não para qualquer estudante de direito, mas para outros juristas de “alto nível”), mantinham as preocupações puramente teóricas, com as reformas e assim por diante. Era aquilo que o tecnicismo concebia como o

⁷⁵ Para mais detalhes sobre esse tema, permito-me remeter a Sontag (2017).

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

último nível da reflexão teórica, que não deveria macular o cerne de um texto jurídico: como aplicar racionalmente a lei vigente⁷⁶.

Mais faculdades de direito, crescimento do aparato judiciário, portanto, mais professores de direito penal, mais profissionais do direito: eis o cenário que impulsionou a expansão do mercado editorial, que, por sua vez, possibilitou a multiplicação não só dos tradicionais manuais e comentários ao código, mas, também, do gênero monográfico, seja através de livros propriamente, seja através das revistas especializadas. Nesse terreno, as reflexões sobre o encarceramento como pena também floresceram para além do mero comentário aplicativo dos dispositivos do código vigente, que será o foco do nosso interesse a partir de agora. Nesses textos, as censuras à pena de prisão podem aparecer, esquematicamente, de duas formas: i) como simples reflexão que está além do comentário aplicativo, sem qualquer conexão, positiva ou negativa, com a maneira tecnicista de conceber a ciência jurídica; ii) como uma reflexão que se vincula ao questionamento da concepção tecnicista de ciência jurídica.

Dentre as críticas à pena de prisão da segunda metade do século XX, vale destacar a longa tese de concurso para professor de direito penal da Universidade Federal do Paraná de René Ariel Dotti intitulada “Bases e alternativas para o sistema de penas” de 1980. É o livro que já vimos no início, cuja epígrafe citava o deputado Chabroud através de Foucault. É um texto importante para a nossa trajetória, também, porque Dotti integrou as comissões que trabalharam na lei de Execução Penal e na reforma penal da parte geral do código penal em 1984.

René Ariel Dotti defendia, basicamente, a necessidade de imaginar alternativas para diminuir os efeitos negativos da justiça criminal em termos de recuperação dos delinquentes, ou seja, ele partia do pressuposto de que a própria justiça criminal –em especial a prisão– produzia crimes. É preciso sublinhar: efeitos negativos da justiça criminal como um todo. A pena de prisão seria somente o principal componente da justiça criminal gerador de mais problemas do que soluções. Na primeira parte do livro, há uma descrição da situação do sistema penal brasileiro, com particular ênfase na proliferação da pena carcerária, inclusive nas leis especiais dos anos 1960 e 1970. O nosso foco é o sistema codificado, mas é preciso ressaltar que, a partir da segunda metade do século XX, outros subsistemas, de fato, ganham em importância no conjunto da justiça criminal. A crítica à pena de prisão é cerrada ao longo de todo o livro, mas Dotti discordava daqueles que defendiam a total abolição do cárcere (1980, p. 328). De qualquer forma, era preciso apostar mais em outras punições (multas, prestação de serviços, etc.). Na narrativa histórica do próprio Dotti, da mesma maneira que a segunda metade do século XVIII lutou contra a pena de morte, o grande empenho cívico que deveria mobilizar os penalistas da segunda metade do século XX seria a luta contra o cárcere, ou, pelo menos, a luta pela redução dos seus efeitos perniciosos (1980, p. 72). Esse empenho, segundo Dotti, deveria ser levado a cabo em três *fronts*: na nascente disciplina científica “direito da

⁷⁶ Sobre essa maneira de ler o tecnicismo jurídico-penal, para não fugir do tema deste escrito, devo remeter o leitor para outros dois textos: Sontag (2009, p. 70–93; 2016, p. 29–34).

Ricardo Sontag

execução penal”; na política criminal, naturalmente; e, também, através de uma transformação da própria dogmática, que deveria se tornar uma “dogmática crítica”. É nesse último âmbito que encontramos a polêmica com a herança do tecnicismo jurídico-penal.

A política criminal deveria reagir “ao imobilismo... que faz do encarceramento o ‘caminho’ punitivo central dos dramas e tragédias nascidos do delito” (Dotti, 1980, p. XII). A experiência internacional, mais uma vez, deveria inspirar o legislador brasileiro:

“projetos e códigos penais da atualidade consagram as melhores experiências nos domínios das penas e de outras medidas a serem cumpridas em meio livre. Muitas formas de reação despontam como substitutivos idôneos que, desprendendo-se das idéias de confinamento e infâmia, mostram-se capazes de garantir os interesses comunitários sem perder de vista os valores da personalidade humana do condenado e a esperança de sua participação mais efetiva nas estruturas de diálogo dos sistemas sociais” (Dotti, 1980, p. XII).

Tais reformas estariam fundadas, também, nas exigências dos direitos humanos (Dotti, 1980, p. XIII). Nesse momento, inclusive, podemos afirmar que a linguagem dos direitos humanos era efetivamente constitutiva dos discursos de alguns juristas no que diz respeito à pena de prisão. Com isso quero dizer que os direitos humanos tornam-se realmente a base do discurso em um sentido propriamente jurídico⁷⁷, isto é, para além do humanitarismo que certamente permeava o imaginário dos juristas brasileiros desde há muito. Agora, porém, existe uma plataforma jurídica internacional consagrando os direitos humanos ao qual o discurso dos juristas poderia reportar-se.

A prisão seria a “face negra de todo o sistema” (Dotti, 1980, p. 46-47). Por isso era “intolerável” a “massificação... da execução da pena de prisão” (p. 46-47). Nesse ponto, o nosso autor retoma um *topos* que já vínhamos encontrando – com diversos matizes – especialmente na Primeira República: os efeitos perniciosos da inserção de um sujeito em uma espécie de subcultura carcerária, que ele chama de “prisionalização”, que significa a “adoção, em maior ou menor grau, dos usos, costumes, tradição e cultura geral da penitenciária” (p. 53-54). Mais uma vez, a prisão produzindo efeitos contrários aos desejados, e, por isso:

“[a] prisionalização é terapia de choque permanente, cuja natureza e extensão jamais poderiam autorizar a tese enfadonha de que constitui etapa para a liberdade, assim como se fosse possível sustentar o paradoxo de preparar alguém para disputar uma prova de corrida, amarrando-o a uma cama” (Dotti, 1980, p. 54).

⁷⁷ Para que não projetemos a presença da linguagem dos direitos humanos com a qual estamos acostumados em momentos pretéritos, inclusive depois da Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, são muito válidas as advertências metodológicas de Cristina Nogueira da Silva (2014). A reconstrução de Pietro Costa (2014), ao distinguir “direitos naturais” de “direitos humanos” em sentido estrito, também se coloca o mesmo tipo de preocupação de evitar o anacronismo. Da mesma forma, Samuel Moyn (2010), muito embora extraindo consequências talvez demasiado extremas dessa preocupação metodológica ao negar que possamos falar em direitos humanos propriamente na época da Declaração da ONU de 1948.

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

O raciocínio de Dotti envolvia todo o sistema penal. Por isso, “[a] decadência da instituição carcerária é somente a ponta do iceberg a mostrar a superfície da crise geral do sistema” (Dotti, 1980, p. 56). O nosso autor questiona, ainda, do que adiantaria o princípio da legalidade e todas as “nobres conquistas em favor da humanidade no quadro das liberdades básicas” se, nas duas pontas do sistema (antes e depois da condenação), elas acabam sendo aviltadas “na rotina das investigações e dos procedimentos posteriores” (p. 57). A crítica aos efeitos negativos da prisão, portanto, envolvia um programa de reformas que atravessavam todo o direito penal. Alguns exemplos: diminuir o peso do cárcere no sistema de penas implicava em adotar uma agenda de descriminalização e de aumento das possibilidades de composição entre as partes nos casos de crimes leves (Dotti, 1980, p. 58-60). Uma espécie de retomada, em novos termos, da ideia segundo a qual o poder punitivo do Estado é algo por si só perigoso e delicado e que, portanto, precisa ser reduzido ao mínimo e controlado. Efetivamente, nesse momento, circulavam, por exemplo, as ideias do minimalismo penal, do abolicionismo, do garantismo, ainda hoje muito importantes para a teoria e filosofia do direito penal e para a criminologia. Haveria uma crise do direito penal. E em 1980 Dotti já alertava acerca de uma pretensa solução que se tornaria corriqueira nas décadas vindouras: “[a] crise aberta que corrói até o cerne o prestígio do antigamente chamado magistério punitivo não será evidentemente contornada através do recurso à legislação de impacto ou das promessas de um direito penal do terror” (p. 61). Ele se referia ao reverso da descriminalização: a inflação legislativa, que só se agravaria com o passar dos anos, dissolvendo os projetos que juristas como Dotti tentaram colocar em prática nos anos 1980. De volta aos planos e projetos daquela época, ele explicava que “[p]ara viabilizar as metas que definem a missão da Política Criminal, os juristas realmente integrados no movimento de renovação do Direito Penal em sua expressão e incidência mais abrangentes têm feito propostas concretas de reformulação do sistema”: i) descriminalização; ii) “alternativas à sanção privativa de liberdade”; iii) “eliminação do duplo binário”; iv) “participação ampla e direta da comunidade na organização e aplicação do sistema penal” (Dotti, 1980, p. 125-126). O programa de outros juristas era ligeiramente diferente, mas bem se vê, pela síntese de Dotti, que a reflexão sobre as “alternativas à sanção privativa de liberdade” fazia parte de um projeto mais amplo de moderação e democratização do sistema penal. E sobre o segundo ponto, criticando, inclusive, o código penal de 1940, Fragoso dizia que:

“[u]m novo sistema de penas poderá melhor atender às exigências da retribuição e da proporcionalidade. Realmente, o legislador deve ter em vista que a grande variedade de ilícitos não poderá ser proporcionalmente retribuível com dois únicos tipos de penas principais: a prisão e a multa” (1980, p. 159).

Para ir além da prisão e da multa, para diminuir os efeitos negativos do encarceramento, em primeiro lugar, Dotti elencava algumas medidas. Eis alguns

Ricardo Sontag

exemplos: adoção do regime aberto e semi-aberto; prisão-albergue; trabalho externo; estudo externo; *sursis*; livramento condicional; proibição de ausentar-se do local onde tramitou o processo; proibição de frequentar determinados locais (Dotti, 1980, p. 248-255). A unificação dos diversos tipos de penas privativas de liberdade era até desejável (p. 330). O ponto é que a unificação deveria estar articulada com o plano de multiplicar as alternativas ao encarceramento (p. 338). De qualquer forma, como já foi mencionado, Dotti não era favorável à abolição da pena carcerária, que deveria ser mantida para casos particularmente graves e sujeitos especialmente perigosos. Por isso ele também se preocupou em elaborar uma lista de crimes para os quais ainda deveria ser cominada a pena de prisão (Dotti, 1980, p. 349-350). Pela quantidade de crimes elencados, a conclusão que podemos extrair é que o programa de reformas de Dotti, nesse particular, não era tão ousado quanto o discurso fortemente crítico poderia fazer parecer.

O “direito da execução penal”. Desde, pelo menos, a Primeira República, já existiam vários juristas que consideravam a fase de execução da pena digna de um ramo específico do direito penal, o “direito penitenciário” ou “sciencia penitenciaria”. Nesse sentido, o que acontece depois da condenação no mundo dos estabelecimentos carcerários não seria uma mera questão administrativa, incapaz de galgar suficiente relevância para figurar nos livros dos juristas que se preocupavam com “elevadas” questões de direito. Em um pequeno artigo da década de 1940, Roberto Lyra já tinha criticado o tecnicismo italiano por relegar a “execução das sanções” à esfera meramente administrativa (1946, p. 167)⁷⁸. Uma perspectiva adotada, também, pelo nosso René Ariel Dotti (1980, p. 163), ainda que os termos do debate sobre esse ramo específico do saber jurídico-penal já tivessem sofrido algumas modificações. Era preciso jurisdicionalizar os “incidentes de execução da pena de prisão” (Dotti, 1980, p. 163), fazer chegar a legalidade-garantia⁷⁹ no mundo do cárcere. Vejamos, agora, o que Dotti considerava importante regular e que deveria constituir o objeto da nova disciplina jurídica:

“toda a matéria que efetivamente compõe o quadro da execução das penas (...), da natureza dos regimes aos direitos e deveres da pessoa presa, passando por uma

78 Enrico Ferri, do qual Lyra era um assíduo leitor, criticava os “classicistas” italianos (no vocabulário ferriano, os tecnicistas seriam “neoclássicos”) justamente por não terem se debruçado suficientemente sobre os temas penitenciários, “ritenendo che l’esecuzione delle pene sia di competenza esclusivamente amministrativa” (Ferri, 1928, p. 40). Talvez não seja por acaso que os juristas brasileiros do século XIX, ao tratar de regimes penitenciários, por exemplo, voltassem o olhar para a literatura de língua inglesa ou proveniente da Inglaterra e dos Estados Unidos, enquanto na maioria dos outros temas, os juristas brasileiros dialogavam mais com a cultura jurídica europeia. Ferri procurou integrar melhor os estudos penitenciários na árvore das ciências sobre o crime e a pena. A síntese do seu esquema é a seguinte: “[a] [1] *sociologia criminale* è la scienza della criminalità e della difesa sociale contro di questa, cioè lo studio scientifico del delitto come [2] *fatto individuale* [antropologia, psicopatologia e psicologia criminal], [3] *fatto sociale* [estatística criminal, pesquisas monográficas, comparações etnográficas] *per sistemare la difesa sociale* [4] *preventiva* [polícia de segurança] [e] [5] *repressiva* [direito e processo penal, técnica carcerária e institutos pós-carcerários]” (Ferri, 1928, p. 100).

79 Uso a expressão no sentido de Pietro Costa (2011), que percebe, na modernidade, a afirmação da legalidade em dois sentidos: potência (do Estado) e garantia (do indivíduo).

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

variedade de domínios essenciais à legalidade da execução, como a estrutura e a dinâmica dos estabelecimentos, a sua administração e o pessoal penitenciário e toda a infra-estrutura de apoio ao sistema, visando aprimorar o procedimento de execução. Este deve ter como ponto de partida a implementação das regras mínimas prescritas pela ONU” (1980, p. 332).

A ênfase nos direitos da pessoa presa e na legalidade da execução ultrapassava as velhas preocupações com a rotina das prisões e com os limites às sanções disciplinares. Todo o resto não seria mais uma mera questão de humanidade, mas de direitos (aliás, fundados nos direitos humanos, por isso a referências ao documento que, na década de 1950, estabeleceu “Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos”). Uma história dessas preocupações com a legalidade da execução, no âmbito do discurso jurídico, há de ser cruzada com a trajetória da implantação de varas especializadas em execução penal e com o ensino desse tipo de matérias nas faculdades de direito, mas esse é uma parte da pesquisa que teremos que deixar em suspenso por ora. A respeito dos direitos da pessoa presa, Dotti alerta que:

“[o]s chamados elementos de tratamento [instrução, trabalho, religião, atividades culturais, recreativa e esportiva, etc.] são espécies de miragens colocadas em letra de forma por legislações contemporâneas, mas que, a rigor, não caracterizam garantias reais dos presidiários, posto que o sistema não institui sanções para o descumprimento” (1980, p. 53).

O grande objetivo de um código de execuções penais seria “retirar o hiato de legalidade permanentemente aberto entre a aplicação e a execução” (p. 399), de modo que o “tratamento jurídico dos problemas de execução sob novas perspectivas” legitimaria o “reconhecimento de uma nova disciplina: o Direito de Execução Penal” (Dotti, 1980, p. 400)⁸⁰.

Além do nascimento de um novo ramo da ciência jurídico-penal, as reflexões críticas em torno do cárcere também estimulariam uma revisão das fronteiras tradicionais entre o direito penal e outras áreas (em particular, a criminologia). Começamos com uma longa citação de Dotti que merece uma análise pormenorizada:

“[n]a atualidade se promove em nosso País uma grande revisão em torno da eficácia das sanções penais de natureza institucional. Tal processo de abertura rompeu com a oposição funesta entre o Direito Penal e Criminologia no concerto das demais ciências do Homem, que o pensamento italiano fascista implantou a partir de 1910 e que se projetou para a América Latina. O prestígio e a dignidade da ciência penal foram gravemente afetados não só pelos vícios formais dos esquemas propostos como também pela arquitetura de ilicitudes e das medidas de reação, além da debilidade das instâncias formais de controle (polícia, tribunais, presídios, hospitais). A exegese da lei até a sua exaustão, o empenho em atomizar conceitos e a distância cada vez mais acentuada do Homem, da vida e do mundo, constituíram fenômenos comprometedores do aperfeiçoamento técnico e humano da ciência

80 Uma disciplina, aliás, que se ocuparia não somente de penitenciárias, mas da execução penal como um todo, inclusive das medidas de segurança (Dotti, 1980, p. 399-400).

Ricardo Sontag

penal. Em muitas oportunidades, o excesso dos dogmáticos foi denunciado e se reconheceu abertamente a falta de melhor evolução dos métodos e meios do Direito Penal nos últimos decênios” (1980, p. 46).

Por “pensamento italiano fascista”, Dotti entende o famoso manifesto programático do tecnicismo de Arturo Rocco, *Il problema e il metodo nella scienza del diritto penale* de 1910. E Rocco se tornaria, mais tarde, de fato, um dos principais artífices do código penal fascista de 1930. Todavia, a vinculação entre tecnicismo e fascismo (ou autoritarismo em sentido mais genérico) é um problema mais complicado: no máximo, podemos admitir que a pretensa “pureza” epistemológica pretendida pelos tecnicistas e o culto à lei do Estado desarmavam, por assim dizer, o penalista para possíveis batalhas contra as inflexões autoritárias da própria lei regularmente expedida pelo Estado⁸¹. A crítica, o empenho cívico, outrora constitutiva da figura do penalista (pelo menos do penalista de alto nível), tornava-se um elemento acessório⁸². Em suma, a crítica restava “domesticada”. Dentre os críticos brasileiros dos “excessos dos dogmáticos”, Dotti cita em nota o próprio Nelson Hungria e, também, Roberto Lyra. O primeiro, porém, denunciava os excessos de um ponto de vista interno ao próprio tecnicismo. Já Roberto Lyra tinha uma concepção de ciência jurídica que não era tecnicista (o que não quer dizer ausência de diálogo e interfaces com o tecnicismo). Segundo Dotti, olhar somente para a lei, preocupar-se somente com o modo de aplicá-la, impediria o jurista de enxergar o mundo⁸³. No nosso caso, impediria o penalista de enxergar as mazelas da prisão, de modo que:

“[u]m descompasso permanente e fluído se manifesta entre a ficção e a realidade, entre o mundo concreto e as proposições abstratas, esculpindo um cenário quase inacreditável, onde a repetição monótona de ideologias e doutrinas forma um complicado tecido categorial, a exemplo do coro trágico, mas indiferente ao desenrolar da tragédia” (Dotti, 1980, p. 48).

Em seguida, Dotti mais uma vez procura se distanciar dos juristas tecnicistas italianos da primeira metade do século XX que:

“propagaram que o Direito Penal se realiza em três momentos: na exegese, na dogmática e na crítica. Mas enquanto os primeiros foram longamente especulados, a crítica que deveria ser a fonte inextinguível de dados para a revisão do sistema foi descurada. Para esta marginalização ideológica certamente colaborou o fetichismo em torno de princípios e regras que determinaram a exaustão sob o ângulo mera-

81 Sobre o problema da vinculação entre tecnicismo e fascismo, cf. o texto clássico de Sbriccoli (2009c).

82 Naturalmente, como a historiografia já vem enfatizando, isso não quer dizer que Rocco defendesse uma rígida separação entre ciência jurídica e outras ciências (De Francesco, 2012). Todavia, talvez De Francesco tenha sido demasiado otimista ao dizer que a “valutazione critica” era uma fase “ineludibile” da ciência jurídico-penal para Rocco.

83 Dotti até tinha razão no aspecto programático do tecnicismo. O que não quer dizer que a “realidade” não entrasse no discurso por vias transversas. Alves (2016), por exemplo, mostrou como certos aspectos da realidade social apareciam em textos de manuais, em tese, tecnicistas da segunda metade do século XX no Brasil, colaborando para justificar, assim, a ordem social subjacente ao ordenamento jurídico que estava sendo analisado.

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

mente conceitual, porém abriram, como consequência, um fosso profundo entre o jurista e o Homem” (1980, p. 79).

A solução seria uma “dogmática crítica”, que envolveria a “exegese e ordenação do Direito em vigor”, tal como nas duas primeiras fases da configuração tecnicista, mas, “colocando, ao mesmo tempo, as questões relevantes ainda sem solução ou mal resolvidas” (Dotti, 1980, p. 129). Em suma, trazer novamente para o coração da ciência do direito penal o controle racional das escolhas feitas pelo legislador, ainda que sem desprezar a exegese e a dogmática. Nesse sentido, a crítica à pena de prisão e a busca por alternativas não seriam temas secundários para a ciência jurídico-penal.

Na mesma época, outro personagem muito importante do mundo jurídico-penal brasileiro se pronunciou sobre o tema. Heleno Cláudio Fragoso publicou, na edição de 1980 da *Revista de Direito Penal e Criminologia*, um longo estudo sobre “Alternativas da pena privativa da liberdade”. Um artigo que se inseria na tradição da revista de fomentar e divulgar trabalhos críticos, provavelmente a mais importante da época com essa linha editorial⁸⁴. Ainda estávamos em plena ditadura militar (1964-1988). Fragoso chegou a defender o golpe de 1964, apesar de ter sido desde sempre um crítico dos “excessos”. A sua trajetória, porém, o levaria para o outro lado: ele foi um importante advogado de acusados por crimes políticos e chegou a ser preso por agentes da ditadura por causa da sua militância profissional⁸⁵. Além disso, Fragoso escreveu um manual que teve obteve grande sucesso e muitas edições (o *Lições de direito penal*).

O texto propõe um verdadeiro plano geral de reforma do direito penal. A reflexão sobre o cárcere, assim como vimos em Dotti, acabava envolvendo todo o sistema. Fragoso partia do pressuposto de que a pena de prisão seria contraproducente porque inseria o condenado em uma subcultura criminal, sinal da “falência completa da filosofia correcional” (1980, p. 6). Para essa reflexão, ele mobiliza explicitamente as teorias do *labeling approach* de Howard Becker, inclusive para criticar as posições conservadoras do poder judiciário (Dotti, 1980, p. 16). O artigo é rico em exemplos estrangeiros de alternativas à prisão que teriam funcionado e que seriam, portanto, modelos úteis. O horizonte era, basicamente, “diminuir o peso” da justiça criminal como um todo. Para isso, várias reformas teriam que ser feitas, entre elas: i) adoção do critério da oportunidade (no lugar da obrigatoriedade) da ação penal como regra para o Ministério Público, com o consequente envio de vários casos para outras agências de controle social; ii) descriminalização de condutas penalmente irrelevantes (depois de um período –cujo marco, no Brasil, é o código de 1940– em que a tendência, aparentemente, foi a expansão das condutas criminalizáveis); iii) aperfeiçoar

84. Sobre essa revista, cf. o interessante estudo de Fernanda Martins (2015), em que uma das constantes encontradas na análise dos artigos publicados entre 1971 e 1983 foi exatamente a crítica à pena de prisão.

85. Sobre a interessante e ambígua trajetória de Fragoso em relação à ditadura militar, cf. Alves (p. 185-189 e p. 324-326). Analisando a postura de vários penalistas do período, Alves ainda concluiu, de maneira provavelmente acertada, que “o relativo consenso anti-ditadura só brotou no campo jurídico já no final dos anos setenta” (2016, p. 195).

Ricardo Sontag

a multa (muito embora Fragoso não considerasse que tal pena seria a grande saída para os problemas da justiça criminal de um país pobre como o Brasil); iv) alargar o espaço de arbítrio judicial para diminuição da pena; v) consolidação dos direitos dos presos através de um código de execução. Naturalmente, Fragoso nutria grande simpatia pelas penas não carcerárias, porém, o impacto do seu projeto acabava diminuído no processo de adaptação para o Brasil, pois, segundo ele, a maioria dos presos brasileiros –naquela época, sublinhe-se– seriam condenados por crimes graves, para os quais ainda seria necessário lançar mão do encarceramento (1980, p. 16). Além disso, a multa não seria uma alternativa relevante para o caso brasileiro porque “os condenados em nosso sistema são os miseráveis” (Fragoso, 1980, p. 16).

Todavia, diferentemente do que vimos em Dotti, o discurso reformista de Fragoso não chega a atingir o esquema tecnicista de ciência do direito penal. Desde a década de 1950, o nosso autor estava plenamente convencido, assim como o seu mestre Nelson Hungria, de que o coração do trabalho do penalista seria a dogmática jurídica, isto é, a reconstrução sistemática da legislação penal do Estado (Fragoso, 1954, p. 185–190). A reflexão sobre as alternativas à pena prisional, assim, poderíamos enquadrar, partindo do esquema de Fragoso (1976, p. 18–19), no âmbito da política criminal (e, em parte, da criminologia⁸⁶): dois campos que não se confundiriam com a ciência jurídica em sentido estrito, que seria a dogmática. Uma organização dos saberes que, em tese, diminuiria a importância para o jurista de tudo aquilo que não fosse o estudo das leis positivadas. “Domesticar” o papel da crítica no trabalho do jurista era um mote fundamental para os tecnicistas. Especialmente no âmbito do ensino do direito –em que é preciso focar no “básico”– o impacto do tecnicismo, aparentemente, foi grande, pois, como já pude mencionar, até mesmo juristas não tecnicistas como Roberto Lyra concordavam que a lei deveria ser a protagonista em sala de aula⁸⁷. Por outro lado, parece que a capacidade de ir além da dogmática não

86 Criminologia somente nas elaborações mais recentes de Fragoso, pois somente em textos mais tardios –como na 4ª edição de 1980 do seu *Lições de direito penal* sobre a parte geral do código penal– ele se alinhou com um novo tipo nascente de criminologia que “voltou-se para o próprio sistema repressivo e o submeteu a análise e pesquisa, pôde-se verificar que certos princípios gerais, admitidos como pressupostos, não correspondem à realidade e devem ser postos em dúvida. O efeito preventivo da ameaça penal não está demonstrado; o efeito ressocializador e preventivo da pena evidentemente não existe, pelo menos no que diz respeito à pena de prisão. O crime está em função da estrutura social, que não se modifica através do Direito Penal. É reduzido, em consequência, o papel que o sistema punitivo do Estado desempenha em termos de prevenção, e, pois, em termos de efetiva proteção e tutela de valores da vida social. Verificou-se, por outro lado, o alto custo social da repressão punitiva, com a estigmatização, a desigualdade, a corrupção, a morosidade e as deficiências do sistema policial, judiciário e penitenciário” (Fragoso, 1980, p. 19). Na 1ª edição do mesmo *Lições*, de 1976, Fragoso (p. 19–21) praticamente limitava-se a definir a criminologia como o estudo das causas do crime. Nessa pequena diferença entre as duas edições do *Lições* podemos entrever o impacto de uma importante mudança na história da criminologia, já analisada, por exemplo, por Alessandro Baratta (1982, p. 159–161). Para uma síntese sobre o surgimento da criminologia crítica no Brasil (com uma menção, não por acaso, ao nosso Heleno Cláudio Fragoso), cf. Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p. 79–88).

87 É interessante notar que Lyra foi, de qualquer forma, no âmbito da concepção de ciência do direito penal, o principal contendor brasileiro do tecnicista Nelson Hungria. Da mesma forma, no texto de 1950 sobre criminologia e direito penal do discípulo de Hungria, o nosso Heleno Cláudio Fragoso, mais uma vez, o principal adversário teórico brasileiro parece ser o mesmo Roberto Lyra. Por outro lado,

Casas de correção” ou “casas de corrupção”?

deixou de fazer parte do que se esperava dos “grandes juristas” pelo menos. É o que vemos nos “Comentários” do tecnicista Nelson Hungria. É o que vemos no artigo que acabamos de analisar de Heleno Cláudio Fragoso.

Em fóruns institucionais, a questão penitenciária também era discutida. Para os nossos fins, bastam dois exemplos.

Em 1978, Accioly Filho pronunciou-se sobre os problemas da pena de prisão em sessão solene em homenagem ao cinquentenário do Conselho Penitenciário de São Paulo, promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil. Vale a pena mencioná-lo, também, porque o conferencista, além de jurista, foi diretor da Penitenciária Central do Estado do Paraná, deputado federal e, em 1971, tornou-se senador⁸⁸.

Accioly Filho basicamente defendia que a prisão era mesmo uma “escola do crime”, condenada pela ciência (citando críticas recentes, mas, também, as mais antigas dos positivistas Cesare Lombroso e Enrico Ferri), de modo que a superpopulação carcerária estaria obrigando os Estados a cogitar do abandono dessa pena (1978, p. 20–21). Mais uma vez, o debate internacional é referenciado como ponto de apoio para a crítica: Accioly Filho argumenta dizendo que, no congresso do centenário da Sociedade Geral de Prisões em 1976, “foi unânime a condenação da pena privativa de liberdade” (1978, p. 19). Portanto, seria necessário restringir ao máximo a aplicação da prisão, substituindo-a por sanções patrimoniais e de restrições a outros direitos (Accioly Filho, 1978, p. 22), descriminalizando condutas irrelevantes, bem como focando em prevenção (isto é, diminuição das desigualdades sociais e amparo à “infância desvalida”) (Accioly Filho, 1978, p. 21).

No “II Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins” de 1967, realizado sob os auspícios do Ministério da Justiça em Brasília, por mais que o tema das alternativas à prisão não tenha sido muito aprofundado nas conferências, exceto quando alguns conferencistas mencionaram as “prisões abertas”, uma das recomendações finais tratava do assunto (aliás, a primeira): evitar “o quanto possível o ‘mal das prisões’, substituindo, sem prejuízo e antes atendendo à defesa social, as penas privativas de liberdade, especialmente nos delitos não volitivos” (Brasil, 1967, p. 233)⁸⁹.

Os exemplos poderiam se multiplicar, pois a literatura jurídico-penal brasileira, neste período, já era bastante diversificada. Não por acaso, existia quem defendesse a autonomia científica do “direito das execuções penais”. Havia espaço editorial para publicações que criticavam, de diversos pontos de vista, a pena de prisão. Revistas especializadas não somente em direito penal e criminologia, mas, também, em questões penitenciárias especificamente⁹⁰, albergavam

sobre a concepção de ensino do direito penal, de certa forma, tecnicista de Lyra, peço licença para remeter a Sontag (2017).

88 Para essas informações, a melhor fonte que eu pude encontrar foi o verbete da Wikipédia: https://pt.wikipedia.org/wiki/Francisco_Accioly_Rodrigues_da_Costa_Filho.

89 Sobre esse congresso, cf. também Alves (2016, p. 368–369).

90 Por exemplo, a revista *Arquivos penitenciários do Brasil*, nascida em 1940.

Ricardo Sontag

uma parte dessa produção intelectual. Como vimos, uns achavam que tais preocupações desafiavam os padrões tecnicistas de ciência do direito penal, outros não. De resto, naturalmente, continuava existindo e florescendo uma literatura que seguia de maneira mais rasteira o tecnicismo jurídico-penal, às vezes limitando-se até mais aos problemas da simples aplicação da lei vigente do que o próprio Nelson Hungria, importante fautor dessa corrente teórica no Brasil, mas sempre atento às grandes questões penais e, não por acaso, participante ativo de duas codificações penais, uma bem-sucedida, de 1940, e outra malograda, de 1969.

A “consciência dos legisladores”

Não poderemos seguir detalhadamente todas as iniciativas institucionais e de reforma em torno da pena de prisão entre 1940 e 1984. Uma rápida notícia bastará para que completemos o nosso quadro panorâmico.

No âmbito da execução penal, o primeiro dos projetos remonta ao período anterior aos anos 1930. Apesar de muito extenso, naquele momento ainda fatigava a se impor a percepção de que o mundo das penitenciárias pudesse estar fundamentado em direitos propriamente ditos dos presos, isto é, em direitos com a mesma carga que os de outras áreas do ordenamento jurídico (eventualmente judicializáveis, por exemplo).

Vários outros projetos se sucederiam depois do código penal de 1940, que, como vimos, demandava uma regulamentação mais detalhada em lei posterior da execução das penas, o que foi realizado pela lei n. 3.274 de 2 de outubro de 1957 que instituía algumas normas gerais sobre o “regime penitenciário”. A lei era curta – 40 artigos – e com vários vetos. Todavia, os debates e os projetos em torno da codificação da execução penal não cessaram. Antes pelo contrário, os projetos se multiplicariam nos anos vindouros e os debates se adensariam: quantos códigos deveriam existir? Penal, processual penal, de execução penal baseado somente em princípios e leis regulamentadoras locais? Ou o código de execução penal deveria abarcar toda a regulamentação? Era possível codificar a execução penal considerando que a disciplina ainda estava em fase de consolidação? Até que ponto era possível e desejável permitir a judicialização de prerrogativas dos presos?⁹¹

Rodrigo Roig (2013), na sua detalhada pesquisa sobre os textos de todos os projetos e leis, percebeu uma linha de continuidade que se estende desde as primeiras regulamentações administrativas até a própria lei de execução penal de 1984. Dificuldade em conter a execução penal nos limites da legalidade e supressão da individualidade do condenado: eis alguns dos traços que, segundo Roig, constituiriam o “autoritarismo secular do modelo penitenciário brasileiro” (2013, p. 96). É possível relacionar tais continuidades a uma característica

⁹¹ Uma utilíssima compilação de todos os projetos encontra-se no anexo do livro de Roig (2013).

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

da pena de prisão moderna: ela é um espaço fechado, relativamente opaco por definição. Qualquer controle “externo” –judicial, por exemplo– desse tipo de espaço, então, resulta dificultado. Some-se a isso, ainda, outra característica do cárcere: a existência de uma hierarquia bastante fixa entre dois tipos de sujeitos: os condenados e aqueles que representam o poder punitivo. O resultado dessa combinação não é surpreendente. A violência não é um acidente (inclusive aquela resultante da resistência). Por outro lado, o próprio Roig admite que houve uma tendência, a partir dos projetos dos anos 1950, em tentar enfatizar os direitos dos presos, em uma busca por diminuir a opacidade da prisão em relação ao controle jurisdicional. Pelo motivo já exposto, é possível concordar com a precariedade de tais tentativas, mas, do ponto de vista da história da cultura jurídica, o dado é relevante⁹².

A ênfase nos direitos, na jurisdicionalização da execução penal, estava relacionada com a própria afirmação de uma disciplina –jurídica– sobre a matéria e com a fundamentação da necessidade de um código. Se assim não fosse, mais forte seria o argumento de que o legislador central não precisaria cuidar de matéria, como se pensava outrora, tão administrativa.

Digna de nota, ainda, a entrada da linguagem dos direitos humanos no debate em torno dos direitos dos presos. Nos anos 1950, como já foi mencionado, a ONU estabeleceu as famosas “Regras mínimas para o tratamento dos reclusos”, referenciadas com frequência pelos juristas brasileiros. A partir exatamente de quando e em quais termos, ainda é um tema em aberto. Todavia, algumas balizas fundamentais podemos estabelecer desde já. O encarcerado como uma figura efetivamente presente no discurso dos direitos humanos –enquanto direitos– não pode ser muito retrodatado, sob pena de anacronismo. Evidentemente, desde muito cedo existem referências à “humanidade” nos debates sobre a prisão. A pena carcerária seria mais “humana”; a exigência por condições mínimas de higiene e salubridade seriam questões de “humanidade”: tudo isso já encontramos nas nossas fontes do século XIX. Abstratamente, os encarcerados se encaixam como sujeitos de todos os direitos dos quais já falava a velha Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 (com as suas reverberações –maiores ou menores– nos textos constitucionais dos séculos XIX e XX, inclusive nas brasileiras). Encontrar o vínculo entre a linguagem dos direitos humanos e o discurso penitenciário, porém, demanda algo mais. Efetivamente, na literatura jurídico-penal esse vínculo parece ser característico de um discurso que se difunde somente na segunda metade do século XIX⁹³. Desde

92 Assim como alguns outros mencionados por Roig (2013), mas que acabaram ficando diluídos na sua tese insistentemente continuísta: alguns projetos pressupõem três códigos (penal; processo penal; execução penal) e outros quatro (penal; processo penal; execução penal; regulamento estadual) (logo, variação no grau de detalhes em cada um deles); variações no modo de conceber o criminoso (classificações que apontam mais para ambiente, condições biológicas, etc.); além da já mencionada demanda por jurisdicionalização e de tratamento do condenado como sujeito de direitos.

93 Enrico Ferri, em tom aparentemente pejorativo, dizia que a “scuola classica penitenziaria” (que teria sido iniciada por John Howard), inspirou-se no “indirizzo politico-sociale dei ‘diritti dell’uomo’” (1928, p. 40). Nas fontes do século XIX que analisamos, porém, é praticamente ausente a ideia de “direitos humanos dos presos”. Sem mostrar fontes de época que pudessem fundamentar a tese da

Ricardo Sontag

já podemos levantar a hipótese, também, de que os “direitos humanos dos presos” constituem o posto mais avançado de uma triste característica da história recente dos direitos humanos (isto é, do segundo pós-guerra em diante): a dramática cisão entre a multiplicação de –pertinentíssimas, diga-se– declarações e a realidade. A projetualidade é inerente a esse tipo de manifestação jurídica, ou seja, a diferença entre o que se pretende e a realidade está pressuposta. Todavia, a multiplicação das declarações coloca de maneira contundente diante de juristas e dos governos o problema da busca pela adequação da realidade às normas, que já não são meros componentes de uma ideologia política, mas, também, padrões normativos que envolvem relações internacionais entre Estados⁹⁴. Em suma, o discurso dos direitos humanos da segunda metade do século XX não se confunde com as piedosas menções aos “direitos da humanidade” que alguns juristas do século XIX evocavam diante das misérias do cárcere. Se, agora, o condenado é concebido como um sujeito de direitos (diferentemente do que ocorria no século XIX e parte do século XX), o lapso entre previsão normativa e realidade tem uma natureza jurídica diversa. A cisão entre norma e realidade ganha cores particulares⁹⁵.

Os debates e projetos em torno da codificação da execução penal atravessaram diferentes regimes políticos. Dentre os projetos posteriores ao código penal de 1940, alguns foram feitos no interregno democrático que vai de 1945 a 1964. Vários outros, durante uma ditadura militar (1964 a 1985) que não hesitava em utilizar instrumentos –legais e extralegais– extremamente violentos, especialmente contra a dissidência política⁹⁶. É muito difícil –talvez impossível– encontrar um espírito unificador para descrever todas as dimensões de um determinado período histórico. Tal coerência, muitas vezes, não se apresenta –para o bem e para o mal– nem mesmo se nos limitarmos à história do direito e institucional de determinado lapso temporal⁹⁷.

presença da linguagem dos direitos humanos no discurso penitenciário da época mencionada por Ferri, entra no mesmo beco sem saída, o artigo recente de Silva (2012).

94 Cf. Pietro Costa (2014, p. 75–76; 2008, p. 411).

95 Amaral (2016) enfatizou a secular cisão entre previsão normativa e realidade (pensemos no artigo sobre quais deveriam ser as condições das prisões na constituição de 1824), que teria permanecido mesmo com a lei de 1984. De certa forma, também o fez Roig (2013). O que eu gostaria de propor, então, é que é possível articular melhor essa aparente continuidade secular.

96 Para uma análise histórico-jurídica sobre esse assunto, cf. Arno Dal Ri Júnior (2011).

97 A tese aqui proposta, portanto, é diferente daquela que elaborou Amaral que relacionou os debates que levaram às reformas de 1984 “aos precedentes políticos que agitavam o país em fins dos anos 70 e começo dos 80. A revogação dos atos institucionais e complementares que tolhiam liberdades públicas ocorreu no ano de 1978. A emenda constitucional nº 11, de 13 de outubro daquele ano extinguiu as penas de morte, perpétuas e de banimento [em seguida, ele cita outras “aberturas”]. A CPJ do sistema prisional na década de 70 igualmente contribuiu para a institucionalização do debate sobre o tema carcerário... No ano de 1984, o Brasil vivia um momento de euforia política, diante das reais possibilidades de redemocratização da sociedade em todos os seus níveis. Pronto. Estavam criadas as condições para o advento da Lei de Execuções Penais e da Lei nº 7.209/84 que reformou a parte geral do Código Penal de 1940” (2016, p. 133). Porém, não era somente a oposição que encampava essas ideias; o “clima” de abertura não necessariamente era mencionado nos textos sobre a questão penitenciária; e o debate sobre o tema não cessou mesmo nos anos 1960, como bem demonstrou, também, a pesquisa de Alves sobre a questão da pena de prisão nos debates em torno do código de 1969 (2016, p. 362–371). Parece-me mais correto sublinhar, como o fez também Alves, que “ao passo que o sistema penal subterrâneo produzia suas vítimas, o sistema penal comum, às voltas com a reforma penal, mantinha

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

Que sirvam como exemplo as palavras do jurista Manoel Pedro Pimentel, magistrado e catedrático de direito penal da Universidade de São Paulo⁹⁸. Em 1961, o nosso já conhecido Nelson Hungria foi chamado para elaborar um novo código penal. O seu trabalho foi publicado em 1963, e, depois do golpe militar de 1964, a preparação do código perdurou. Juristas que chegaram a criticar duramente o regime, como o já analisado Heleno Cláudio Fragoso, colaboraram na revisão do projeto, apesar das intempéries causadas pela pressa do governo em baixar o código por decreto antes que o parlamento fosse reaberto –seguindo uma tradição autoritária nada incomum em se tratando de códigos⁹⁹. Pimentel também chegou a ser consultado pelo governo sobre o projeto, muito embora suas sugestões não tenham sido acatadas. Em 1969, foi emitido o decreto que aprovava o novo código. Na aula magna proferida por Pimentel na abertura do seu curso de direito penal em 1971, o alinhamento para com as diretrizes do regime aparecia até mesmo quando fortes críticas vinham à tona. Ele se lamentava, por exemplo, do uso do decreto para a instituição do código, o que seria incompatível com uma lei nascida “em pleno regime democrático, sob a égide de uma Revolução regeneradora dos costumes políticos e administrativos, progressista e desenvolvimentista” (Pimentel, 1971, p. 373). Além disso:

“apesar do desprestígio que vem atingindo a pena de prisão, observado em todos os congressos do mundo, o Código reforçou todas as penas cominadas aos crimes contra o patrimônio, numa demonstração de sua crença de que o crime mais praticado no Brasil, que é o crime contra patrimônio, poderia ser reprimido com penas mais severas. Ora, sabemos que o criminoso brasileiro, que pratica infrações contra o patrimônio, é geralmente o pobre diabo... A repressão mais severa somente servirá para encher por mais tempo as já superlotadas cadeias. Conferindo maior crédito à pena exasperada, o legislador prepara um futuro bastante sombrio para a nossa terra” (Pimentel, 1971, p. 381).

E evocando o conhecido tópico dos efeitos negativos do encarceramento, Pimentel (1971, p. 382) assinalava que “a convivência humana nos grandes grupos de desajustados sociais é, necessariamente, desagregadora”, por isso “a prisão é o que há de menos aconselhável”. Em suma:

“preferiu o legislador seguir, de cabeça baixa, os rastros do passado, limitado no tempo e no espaço, condicionado àquelas que lhe parecem ser a única solução para o problema do crime: o maior rigor nas penas e uma poética e utópica sistematização do cumprimento das mesmas” (Pimentel, 1971, p. 383).

Efetivamente, desde a primeira versão, o projeto foi tímido em tema de diminuição do espaço do cárcere no sistema punitivo. Uma das poucas novidades

a aparência de legalidade” (2016, p. 320) – normalidade que incluía a discussão sobre os defeitos da pena prisional.

98 Sobre o personagem e sobre esse escrito, cf. também Alves (2016, p. 189-190, p. 318-319, p. 369 e p. 388).

99 O único código penal brasileiro que chegou a ser debatido –mas somente de maneira parcial– no plenário do parlamento foi o de 1830. Sobre esse tema, para o caso do código penal de 1969, cf. Alves (2016, p. 300-327).

Ricardo Sontag

foi o estabelecimento da “prisão aberta” –já experimentada, na época, em alguns lugares do Brasil e do exterior– que consistia em um local sem os muros e o aparato de segurança de um cárcere tradicional em que os condenados pudessem trabalhar em oficinas ou no campo¹⁰⁰. Para ter direito a cumprir a pena nesse tipo de estabelecimento, o condenado deveria ser primário, de baixa periculosidade e sua pena deveria ser baixa (inferior a 5 anos no projeto original de 1963 e a 6 na versão final de 1969). A prisão aberta não era considerada uma pena autônoma, mas um regime de cumprimento da reclusão (para crimes mais graves) ou da detenção (para os menos graves).

Em um importante congresso de 1964 sobre o projeto Hungria, o representante do Ministério Público de São Paulo chamou a atenção para a necessidade de aprofundar os sucedâneos do cárcere¹⁰¹. Inconveniente, ineficaz e produtora de malefícios: eis a prisão. E o projeto não tinha sido capaz de diminuir a importância do confinamento no sistema punitivo (Salgado, 1965, p. 43-44), muito embora as suas próprias propostas fossem bastante prudentes: ampliação do uso da *probation*, da multa e da própria prisão aberta, que não deveria se limitar aos condenados primários e com bons antecedentes, mas simplesmente à verificação da sua baixa periculosidade e potencial adaptação a esse tipo de regime de cumprimento da pena (Salgado, 1965, p. 44-49). Hungria até admitiu, em um congresso realizado sob os auspícios do Ministério da Justiça em 1967, que era preciso:

“evitar, quanto possível, os maus efeitos da prisão tradicional, sob rígida disciplina, que torna o condenado ainda mais desajustado, pois, adotando o processo paradoxal de tentar prepará-lo para a vida livre mediante um regime de escravidão, afrouxa-lhe a vontade, elimina-lhe o espírito de iniciativa, desanima-o para o trabalho voluntário, suprime-lhe o restante de sentimento de dignidade ou amor próprio, fá-lo perder a confiança em si mesmo, leva-o à desgraça das perversões sexuais, distancia-o cada vez mais da compatibilidade com a vida social ou a ordem jurídica” (1967, p. 96).

Todavia, no congresso anterior, de 1964, Hungria defendeu-se dizendo: “a única lição da experiência de que tenho notícia” –em tema de sucedâneos da prisão– “é a da chamada ‘prisão aberta’, que o Anteprojeto oficializa, embora sem avançar muito, dado o nevoeiro que ainda impede uma visão segura” (1965, p. 477).

Em 1973, a lei 6.016 modificou o código –ainda em período de vacância legislativa– instituindo a prisão-albergue, que permitia ao condenado “primário e de nenhuma ou escassa periculosidade”, “desde o início da execução, se a pena não for superior a três anos” ou “após completado um terço da execução,

100 Como bem notou Alves, nessa época, “parece que ainda não estavam desenvolvidas teoricamente, no contexto do campo jurídico-penal brasileiro, as práticas punitivas adotadas a partir da reforma da parte geral do Código Penal, de 1984, que ficaram conhecidas como penas restritivas de direitos, consistentes, principalmente, na prestação de serviços à comunidade. Daí que a prisão aberta apresentava-se como única alternativa” (2016, p. 370).

101 Sobre esse congresso e sobre a crítica do nosso personagem, cf. também Alves (2016, p. 364-365).

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

se excedido esse limite e ouvido o Conselho Penitenciário”, “exercer, fora do estabelecimento penal e sem vigilância, atividade profissional e frequentar instituição de ensino, sujeito às condições especificadas na sentença de concessão do regime” (art. 40).

O código de 1969, porém, nunca chegou a entrar em vigor. Depois de várias extensões da vacância, o decreto foi revogado em 1978¹⁰².

Quando ainda havia esperança de que o código de 1969 entrasse em vigor, a lei n. 6.416 de 24 de maio de 1977 regulou uma série de aspectos relativos à execução (ainda que estivesse muito longe de um código sobre o tema), processo e livramento condicional. Em tese, pouco influxo no lugar da prisão no sistema punitivo. Porém, ao lermos o detalhado e rico artigo da assessora para assuntos penitenciários do gabinete do Ministro da Justiça à época, Armida Bergamini Miotto¹⁰³ (1977), percebemos que a referida lei nasce no bojo de um debate sobre os malefícios da prisão e da necessidade de garantir direitos aos presos. Contudo, a estrutura do código então vigente – de 1940 – era um forte limitador. Modificações mais profundas teriam que esperar a reforma da parte geral do código em 1984. Miotto noticia, porém, que nos anos 1970 discutia-se, inclusive, a necessidade de alterar a parte especial do código (como já vimos, por exemplo, nas propostas de Dotti e Fragoso). Além disso, ela testemunha que a preocupação internacional com os efeitos negativos da prisão teria se adensado a partir dos anos 1950 – o que é coerente com a data de emissão do já mencionado documento acerca das “regras mínimas” para o tratamento de prisioneiros, muito embora uma pesquisa mais acurada a esse respeito ainda seja necessária. A abordagem de Miotto também mostra os vínculos entre as recomendações e modelos provenientes do cenário internacional (ONU e outros países), os projetos de codificação da execução penal e o desenvolvimento da “ciência penitenciária”. Talvez seja exatamente esse o caldeirão cultural no qual nasce o atual entendimento de livramento condicional como meio de atenuar o controle punitivo. De acordo com Rafael Mafei (2007), exatamente esta noção que não podemos projetar para o momento do seu nascimento no início do século XX, em que o instituto foi pensado explicitamente como um instrumento capaz de ampliar o controle. Naturalmente, essas duas visões do livramento condicional não são estanques, mas o clima intelectual no qual se pensava o instituto nos anos 1970 – tem razão Mafei – deu a ele cores significativamente diferentes para os tempos mais recentes. O que não quer dizer, obviamente, que a sua estrutura legal básica fosse radicalmente distinta. A diferenciação no vínculo com o contexto intelectual, contudo, faz dele sinal de culturas jurídicas que não são idênticas.

Os debates, iniciativas e projetos mencionados por Miotto culminaram na lei de execução penal e na reforma da parte geral, ambas de 1984.

A lei de execução, já no seu artigo 3º, declara que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela

102 Sobre o caráter “natimorto” do código de 1969, cf. Alves (2016, p. 327–340).

103 Aliás, uma entusiasta da prisão aberta e “uma das únicas mulheres a participar do campo jurídico-penal à época” (Alves, 2016, p. 367).

Ricardo Sontag

lei”. Provavelmente um dos dispositivos legais mais desrespeitados do ordenamento jurídico brasileiro... de qualquer forma, ele é indicativo da perspectiva adotada: já estamos muito além dos regulamentos penitenciários do século XIX que se pareciam mais com manuais internos de organização e procedimento.

Nada disso quer dizer que tenhamos muitos motivos para regozijar, pois, i) as aberturas para o arbítrio administrativo não deixaram de existir; e ii) a realidade dos cárceres não deixou de contrastar dramaticamente com o texto legal, especialmente no que diz respeito aos direitos dos presos (agora formulados, inclusive, com essa terminologia –seção II do capítulo IV– e com a previsão expressa da possibilidade de “representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito” no inciso XIV do importante artigo 41).

“O tema relativo à instituição de lei específica para regular a execução penal vincula-se à autonomia científica da disciplina, que em razão de sua modernidade não possui designação definitiva”, dizia a exposição de motivos da lei de execução penal. Ainda de acordo com a exposição, a autonomia científica, vinculada à fundamentação de uma lei específica sobre a matéria, seria fruto da superação da “crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa”. Enquanto “complexo de princípios e regras que delimitam e jurisdicionizam a execução das medidas de reação criminal”, o “direito de execução penal” ingressaria “nos costumes jurídicos do País com a autonomia inerente à dignidade de um novo ramo jurídico”.

A exposição de motivos da lei que reformou a parte geral do código, por sua vez, admitia que tinha sido adiada para:

“fase posterior a reforma da Parte Especial do Código, quando serão debatidas questões polêmicas, algumas de natureza moral e religiosa. Muitas das concepções que modelaram o elenco de delitos modificaram-se ao longo do tempo, alterando os padrões de conduta, o que importará em possível descriminalização”.

Um projeto incompleto, em suma. Os planos mais ambiciosos que vimos acerca da diminuição do “peso” não só do encarceramento, mas da justiça criminal como um todo através, também, da descriminalização não se realizaram plenamente. Uma reforma completa da parte especial até hoje não aconteceu. Sobre o nosso ponto –as penas– a exposição de motivos afirmava que:

“uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta, filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade”.

Por um lado, admissão do caráter criminógeno da prisão; por outro, uma declaração de prudência e, talvez, timidez.

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

De qualquer forma, o rol de “penas restritivas de direitos, substitutivas da pena de prisão” adotado pela nova lei foi uma reforma importante. Prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fins de semana (arts. 43 a 48) (além das multas alternativas da parte especial que remonta a 1940): agora o juiz possuía uma lista maior de alternativas para evitar o tão criticado confinamento. Tal substituição poderia acontecer quando: “aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano ou se o crime for culposos”; “o réu não for reincidente”; e “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente” (art. 44). Uma espécie de retorno à “multiplicidade das penas” que vimos no início do nosso percurso? Somente na aparência. O fundamento da multiplicidade já não é mais a velha analogia, e, além disso, o uso das alternativas agora depende muito do juiz. A principal pena cominada na parte especial do código não deixou de ser o encarceramento.

A propósito, sem um “judiciário vocacionado para a aplicação das penas alternativas”, não há como esperar grandes resultados dessas mudanças legislativas, como bem assinalou a criminóloga Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p. 320). Efetivamente, esse é um dos grandes desafios ainda em aberto desde 1984. Poderíamos somar a isso, ainda, talvez, a timidez da própria proposta¹⁰⁴ e alguns desenvolvimentos ulteriores da cultura punitiva e das instituições brasileiras nas últimas décadas.

Porém, por ora, basta-nos perceber que não deixa de ser algo surpreendente que reformas desse tipo tenham continuado a ter lugar mesmo em um período ditatorial. O punitivismo do senso comum contemporâneo parece ter formado um bloco homogêneo que inclui a defesa da ditadura militar (inclusive das suas faces mais violentas), a aversão a um genérico e mal compreendido “comunismo/socialismo” (que inclui todos os adversários...), e assim por diante. Mesmo alguns agentes do aparato institucional dos anos 1964-1985 e alguns penalistas alinhados ao regime tinham uma visão mais articulada do problema da penalidade. Efetivamente, a documentação aqui analisada confirma a indicação de Vera Andrade (2012, p. 317-318) segundo a qual o substrato teórico das reformas penais de 1984 é uma espécie de minimalismo penal, ou seja, a ideia de que a intervenção de uma pena pública deve acontecer somente em situações realmente muito graves. O aparato penal, por si só, é *res periculosa*. Mais ainda a prisão.

104 Para uma crítica a esse aspecto da reforma de 1984, cf. Ávila (2014).

Ricardo Sontag

Dark Side ou Heart of Darkness. Conclusões e post scriptum

A prisão teria somente um lado negro ou ela nos levaria para o coração das trevas do direito penal da modernidade? *Dark side* ou *heart of darkness*? É plausível um encarceramento capaz de “corrigir”? “Corrigir” é compatível com um direito penal capaz de respeitar as subjetividades? Será o cárcere somente escuridão (não somente por causa dos sofrimentos dos internos, mas, também, devido aos seus efeitos criminógenos, que são nocivos para o lado “externo”)?

Na década de 1970, dizia o já mencionado Michel Foucault:

“devemos recordar (...) que o movimento para reformar as prisões, para controlar o seu funcionamento, não é um fenómeno tardio. Nem parece ter nascido de um verdadeiro reconhecimento de fracasso. A «reforma» da prisão é mais ou menos contemporânea da própria prisão. É como que o seu programa. Desde o início que a prisão esteve envolvida numa série de mecanismos de acompanhamento, que, aparentemente, devem corrigi-la, mas que parecem fazer parte do seu próprio funcionamento, de tal modo estiveram ligados à sua existência ao longo de toda a sua história” (1991, p. 209).

Vera Andrade (2012, p. 305–306), concordando que a crítica à prisão nasceu com a própria prisão, ainda acrescentou que, na Europa dos 30 e 40 do século XX, surge um discurso de crítica estrutural. O discurso ao qual se refere Foucault, Andrade provavelmente chamaria de crítica conjuntural. Digo provavelmente porque ela fala de uma “visão de crise conjuntural” do cárcere ao analisar discursos contemporâneos que exigem, na verdade, reformas no sentido de recrudescer o sistema penal (Andrade, 2012, p. 323).

Esta pesquisa ainda está em andamento, mas, desde já, parece-me possível levantar algumas interpretações acerca desses pontos.

No século XIX, os discursos que vimos percebiam problemas na pena de prisão, mas não necessariamente demandavam recrudescimento do aparato punitivo – muitas vezes, antes pelo contrário. Mas é bem verdade que, até 1890, não encontramos nenhum jurista que considerasse tais problemas inerentes ao encarceramento. Ou seja, eles seriam defeitos conjunturais, e não estruturais.

A crítica estrutural mencionada por Andrade, por sua vez, ao que parece, só se tornou corrente no Brasil a partir da segunda metade do século XX, muitas vezes impulsionada por um novo tipo de criminologia, como bem se vê no prefácio de 1976 do famoso livro de Augusto Thompson intitulado *A questão penitenciária*:

“penso haver encontrado alívio para minhas dúvidas, ao deparar com um tipo de Criminologia em que o foco das investigações foi deslocado da preocupação tradicional em explicar o comportamento criminoso como tal, para concentrar-se nas pesquisas acerca dos processos pelos quais certos indivíduos e certos atos são selecionados para receber a designação de criminosos e, logicamente, para o modo de operação do sistema de controle, em si mesmo” (2002, p. XVIII).

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

Trata-se da diferença entre aquilo que poderíamos chamar, esquematicamente, de “criminologia etiológica” e “criminologia da reação social”¹⁰⁵. E Thompson continua:

“no campo do tratamento penitenciário, especificamente, esse tipo de abordagem propiciou a abertura de horizontes até então insuspeitos. Por mais de cento e cinquenta anos, atribuiu-se o insucesso da pena carcerária recuperadora a sovas causas: deficiência de verbas, número reduzido de terapeutas, falta de qualidade dos guardas, arquitetura inadequada, características criminógenas dos internos e outras correlatas... As pesquisas nessa nova perspectiva trouxeram à luz uma série de descobertas... Dentre elas, uma alcançou destaque especial: a penitenciária não pode recuperar criminosos nem pode ser recuperada para tal fim” (2002, p. XVIII).

Contudo, já na primeira metade do século XX, encontramos exemplos talvez inauditos de crítica que poderíamos chamar de estrutural. Refiro-me aos discursos de Esmeraldino Bandeira e de Ataliba Nogueira, pois eles consideravam a pena de prisão defeituosa em si mesma. Ambos, porém, defendiam o recrudescimento do sistema punitivo.

A observação de Foucault, assim, é bastante válida para o século XIX. Nos juristas oitocentistas que estudamos pudemos observar muito mais o discurso da construção da legitimidade e da confiança no cárcere. Esse era o tom da “alta” reflexão da ciência jurídica. Os detalhes de reforma conjuntural, acompanhamento e tentativas de melhorar as “casas de correcção” são mais típicos de relatórios administrativos. A construção da legitimidade e da confiança nesse tipo de pena, todavia, é parte integrante da história dos aparatos punitivos da modernidade. De um ponto de vista histórico-jurídico, uma parte imprescindível, aliás. Como vimos, existe, ainda, um discurso de reforma das penas que é elaborado contra –em maior ou menor grau– a pena de prisão. Avançando no século XX, ainda resta muito a documentar para pavimentar a história dos debates em torno do cárcere no Brasil, mas já nos foi possível acrescentar outro tipo de discurso de crítica estrutural para além daquele mencionado por Andrade.

Uma série de debates que se articulam, ainda, com a história da literatura jurídico-penal e do personagem social “penalista”.

A defesa de uma pretensamente “humana” pena de prisão em contraposição às indesejáveis penas “cruéis” (açoites e morte, por exemplo) entre os comentaristas do código de 1830 nos permitiu perscrutar um detalhe importante dessa literatura: em temas sensíveis de um ponto de vista civilizacional, com todas as ambiguidades inerentes a um contexto marcado pela escravidão, esses juristas souberam alçar-se para além da mera exegese da lei vigente. Rastros de um “empenho cívico” característico de algumas tendências europeias da ciência do direito penal da época, como bem demonstrou o historiador do direito Mario Sbriccoli, inserindo-as na categoria historiográfica “penalistica civile”. “Penalistica civile”, porém, exige que estejamos falando de penalistas propriamente,

¹⁰⁵ Para maiores desenvolvimentos conceituais acerca dessa diferença, cf. Vera Andrade (1995).

Ricardo Sontag

isto é, não de juristas que ocasionalmente se ocupavam de ciências criminais. Os comentaristas do código de 1830 eram, por assim dizer, penalistas de ocasião.

A situação vai se modificando a medida em que adentramos no século XX: é o momento em que começamos a encontrar penalistas em sentido estrito. Não por acaso, a literatura jurídico-penal também vai se tornando mais diferenciada e articulada. Dentre os estudos monográficos, que se multiplicam em comparação com o período imperial, destacam-se aqueles que tem por objeto a prisão. Começa-se a cogitar que a questão penitenciária possa constituir, inclusive, um ramo específico estudos. A situação precária das prisões brasileiras assustava. Retomando o estudo detalhado de Lemos Britto (1924) sobre os cárceres de diversos estados do país, são perceptíveis as recorrentes cisões entre a realidade e as normas dos regulamentos penitenciários. Regulamentos, aliás, além de frequentemente violados, mesmo assim bastante pobres em direitos dos presos. A regulação das relações entre Estado e condenado ainda tardaria em colocar como um problema central a proteção dos direitos dos presos – enquanto direitos propriamente. Por isso talvez tenhamos que distinguir a preocupação com os “direitos da humanidade” – presente desde o século XIX – com o momento, bastante tardio, em que a linguagem dos direitos humanos se torna constitutiva dos discursos acerca da execução penal. Projetos institucionais, inclusive de códigos, foram feitos nesse sentido, muito embora seus resultados não nos autorizem conclusões muito animadoras. O mundo (relativamente) opaco das prisões talvez tenha uma tendência inerente a refratar a legalidade-garantia.

Ainda na primeira metade do século XX, o tecnicismo jurídico tentou “domesticar” toda atuação dos juristas que excedesse a simples aplicação da lei vigente. Porém, havia mercado e espaço editorial para textos que exploravam esses horizontes que superavam o “aplicacionismo”. Confrontando abertamente ou não o modelo tecnicista de ciência jurídica, as perspectivas críticas em torno da questão penitenciária continuaram florescendo na segunda metade do século XX. Uma literatura que provavelmente renovou, inclusive, o modo de conceber a “ciência penitenciária” (tal qual elaborada na primeira metade do século XX). O aprofundamento na maneira como tal ramo científico se articulava nesses dois momentos é um dos temas que não pudemos seguir detalhadamente aqui, mas que merece, sem dúvida, ulteriores pesquisas. Da mesma forma, ainda falta perseguidor as relações entre a elaboração teórica de uma “ciência penitenciária” e o ensino jurídico, o que nos permitiria delimitar melhor a posição de tais estudos no quadro mais amplo da cultura jurídica de determinado período¹⁰⁶.

De fato, todos esses interessantes debates sobre execução penal e sobre as alternativas à pena de prisão não esgotam toda uma cultura jurídica. Como vimos, as penas alternativas dependem dos juízes. Ao longo das últimas décadas, consolidou-se a figura do traficante de drogas como principal inimigo da ordem jurídico-penal, praticamente ocupando o lugar das obsessões da época da dita-

¹⁰⁶ Nos anos 1950, por exemplo, o curso de doutorado da faculdade de Direito do Estado da Guanabara começou a ofertar a disciplina “História do direito penal e ciência penitenciária”, ministrada entre 1956 e 1961 pelo importante crítico da pena prisional Evandro Lins e Silva (Alves Júnior, 2009, p. 21).

Casas de correção” ou “casas de corrupção”?

dura militar com o terrorista comunista, como bem assinalou Arno Dal Ri Júnior (2006, p. 356–358). Uma ideologia pouco afeita às “sutis” distinções entre grandes e pequenos traficantes. É como se o tráfico já trouxesse em si a imagem de outros crimes correlatos muito mais graves (homicídio, por exemplo). A famigerada lei 8.072 de 1990 sobre crimes hediondos estabeleceu que os condenados por tráfico ilícito de entorpecentes deveriam cumprir toda a pena em regime fechado (art. 2º, § 1º). Todavia, a lei n. 9.714 de 1998 ampliou o rol de penas restritivas de direitos e, também, modificou os critérios para a aplicação de penas alternativas: no art. 44 do código penal da versão de 1984, o crime deveria ser culposo e com pena prisional inferior a um ano. Em 1998, o limite passou a ser quatro anos e o critério do crime culposo foi ampliado para atingir todos aqueles que não fossem cometidos com violência ou grave ameaça. A pena mínima para o tráfico ilícito de entorpecentes, de acordo com a lei sobre o assunto então vigente na época (lei nº 6.368 de 1976), era de três anos (arts. 12 e 14). Estava instaurada, assim, a polêmica sobre a aplicabilidade das penas alternativas para esse tipo de crime¹⁰⁷. Como um traficante –que encarna no senso comum o pior inimigo da segurança pública– poderia preencher as condições subjetivas para receber uma pena alternativa no lugar da prisão? Como bem assinalou a já citada criminóloga Vera Andrade, “não basta alterar a palavra da lei, sem alterar simultaneamente a cultura e a ideologia punitiva” (2012, p. 320). Não por acaso, traficantes (especialmente pequenos) constituem uma parcela muito significativa, juntamente com acusados e condenados por crimes patrimoniais, dos presos no Brasil¹⁰⁸. Superlotação das penitenciárias. Estamos na época do “grande encarceramento”, do “encarceramento em massa”, do “hiperencarceramento”, como dizem os criminólogos.

Ao contrário do que se esperava com a legislação das penas alternativas, nas últimas décadas as taxas de encarceramento aumentaram vertiginosamente¹⁰⁹.

Enquanto isso, como diz a canção, os “crioulos” continuam “empilhados no porão”. Mas, para a “gente virtuosa e ordeira”, a solução é simples: “tem que bater, tem que matar”. De fato, “filha do medo, a raiva é mãe da covardia”.

“Ou doido sou que escuto vozes. Não há gente tão insana”¹¹⁰.

107 Sobre o assunto, cf. Souza e Nogueira (1999) e Andrade (2012, p. 320–322).

108 Muito embora essas contabilizações genéricas não precisem de qualquer prova ulterior, pois já são óbvias para qualquer pessoa minimamente informada sobre a questão criminal no Brasil, cf. os números exatos em Camila Caldeira Nunes Dias (2017, p. 11) e no item 3.4 do capítulo 3 do livro de Victor Martins Pimenta (2018).

109 Cf. os números, por exemplo, em Vera Malaguti Batista (2011, p. 100–101), Dias (2017, p. 7) e no item 2.2 do capítulo 2 de Pimenta (2018). A petição inicial da Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental nº 347, cujo objetivo é o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro” e que tramita no Supremo Tribunal Federal desde 2015, também traz dados detalhados a respeito do “hiperencarceramento” das últimas décadas, das suas terríveis consequências, bem como um copioso rol de normas jurídicas em tese aplicáveis à situação. Cf. Sarmento *et alli* (2015).

110 Chico Buarque, canção “As caravanas”, álbum “Caravanas”, lançado em 2017 pela gravadora Biscoito Fino. Cf. em <https://www.youtube.com/watch?v=6TtjniGQqAc>.

Anexos

Anexo 1

Penas	Projeto Vasconcelos (1827)		Código de 1830	
	Nº. vezes	Porcentagem	N.º vezes	Porcentagem
Morte	5	1,18%	4	0,8%
Galés Temporárias	42	10%	6	1,3%
Galés Perpétuas	20	4,7%	12	2,5%
Total Galés	62	14,7%	18	3,8%
Prisão com Trabalho	44	10,4%	126	26,9%
Prisão perpétua com trabalho	15	3,5%	5	1%
Total prisão com trabalho	59	13,9%	131	27,9%
Prisão simples	75	17,7%	98	20,9%
Prisão perpétua	3	0,7%	2	0,42%
Total prisão simples	78	18,4%	100	21,32%
Multa	100	23,7%	131	27,9%
Perda do emprego	36	8,5%	35	7,4%
Suspensão do emprego	25	5,9%	41	8,7%
Banimento	3	0,7%	0	0
Desterro	7	1,6%	5	1,06%
Degredo	Não regulada		3	0,63%
Suspensão dos direitos políticos	28	6,6%	Não regulada	0
Perda dos Objetos do crime	13	3%	Não regulada	0
Vigilância da Justiça	1	0,2%	Não regulada	
Caução	0		Não regulada	
Infâmia	0		Não regulada	
Talião	4	0,9%	Não regulada	
Açoite	1	0,23%	1	0,21%
Total de Penas contabilizadas	422	100%	469	100%

Prescrição de cada punição nas Partes Especiais do Projeto de Vasconcelos e do Código de 1830 (Costa, 2013, p. 227).

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

Anexo 2

Penas	No de vezes	Porcentagem
<i>Prisão celular (art. 43, a)</i>	285	59,62%
<i>Reclusão (art. 43, c)</i>	5	1,04%
<i>Prisão com trabalho obrigatório²⁵ (art. 43, d)</i>	---	---
<i>Prisão disciplinar²⁶ (art. 43, e)</i>	---	---
Total de penas carcerárias	290	60,66%
<i>Banimento²⁷ (art. 43, b)</i>	1	0,20%
<i>Multa</i>	144	30,12%
<i>Interdicção (art. 43, f)</i>	1	0,20%
<i>Suspensão e perda do emprego publico, com ou sem inhabilitação para exercer outro (art. 43, g); perda do emprego, privação do exercício da profissão (não consta na parte geral)</i>	33	6,90%
<i>Privação dos direitos políticos (não consta na parte geral)</i>	6	1,25%
<i>Perda do pátrio poder, do poder marital e da herança; destituição do tutor ou curador (não consta na parte geral)</i>	2	0,41%
<i>Deportação (não consta na parte geral)</i>	2	0,41%
Total de penas não carcerárias	188	39,34%
Total	478	100%

Prescrição de cada pena na parte especial do código penal de 1890 (Sontag, 2016, p. 185).

Ricardo Sontag

Anexo 3

Pena não carcerária	Número total de cominações	Número de cominações sem concorrer com alguma pena carcerária	Porcentagem
<i>Morte</i>	4	4	100%
Galés	18	18	100%
Multa	131	34	25,95%
Perda ou suspensão do emprego	76	27	35,52%
Desterro	5	5	100%
Degredo	3	3	100%
Total	237	91	38,39%

Autonomia das diversas espécies de pena em relação ao cárcere no código criminal de 1830 (Sontag, 2016, p. 186).

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

Anexo 4

Pena não carcerária	Número total de cominações	Número de cominações sem concorrer com alguma pena carcerária	Porcentagem
Banimento (art. 43, b)	1	1	100%
Multa	144	23	15,97%
Interdição (art. 43, f)	1	1	100%
Suspensão e perda do emprego publico, com ou sem inhabilitação para exercer outro (art. 43, g); perda do emprego, privação do exercício da profissão (não consta na parte geral)	33	5	15,15%
Privação dos direitos políticos (não consta na parte geral)	6	4	66,66%
Perda do pátrio poder, do poder marital e da herança; destituição do tutor ou curador (não consta na parte geral)	2	2	100%
Deportação (não consta na parte geral)	2	1	50%
Total	189	37	19,57%

Autonomia das diversas espécies de pena em relação ao cárcere no código penal de 1890 (Sontag, 2016, p. 186).

Ricardo Sontag

Anexo 5

Pena	Número de ocorrências	Porcentagem
Reclusão e multa	283	29,4%
Reclusão	135	13,9%
Detenção e multa	145	14,9%
Detenção	268	27,6%
Total de penas carcerárias	831	85,8%
Multa	138	14,2%
Total	969	100%

Prescrição de cada pena na parte especial do código penal de 1940¹¹¹.

Anexo 6

Pena	Número de ocorrências	Porcentagem
Reclusão e multa	152	30,8%
Reclusão	86	17,4%
Detenção e multa	93	19%
Detenção	68	13,8%
Total de penas carcerárias	399	81%
Multa	93	19%
Total	492	100%

Prescrição de cada pena na parte especial do código penal de 1940 (variante).

¹¹¹ Agradeço à bolsista de iniciação científica Gabriella Mena Ogusuku pela contabilização e elaboração das tabelas relativas ao código penal de 1940 e à Lei de Contravenções Penais de 1941. Na contagem acima, foi feita uma contabilização pelo simples aparecimento como hipótese de aplicação, tal como nas tabelas anteriores referentes aos códigos de 1830 e 1890. Quando diferentes penas foram cominadas alternativamente (ex.: reclusão ou multa), elas foram contabilizadas autonomamente como duas cominações (uma para cada modalidade), considerando, portanto, como duas hipóteses de aplicação os dois extremos do crime (menos grave e mais grave) quando havia previsão de variação não somente na quantidade de pena, mas, também, na qualidade.

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

Anexo 7

Pena	Número de ocorrências	Porcentagem
Prisão simples	49	36,6%
Multa	62	46,2%
Prisão simples e multa	23	17,2%
Total de penas carcerárias	72	53,8%
Total	134	100%

Prescrição de cada pena na parte especial da lei de contravenções penais de 1941.

Anexo 8

Pena	Número de ocorrências	Porcentagem
Prisão simples	7	8%
Multa	62	71,3%
Prisão simples e multa	18	20,7%
Total de penas carcerárias	25	28,7%
Multa	62	71,3%
Total	134	100%

Prescrição de cada pena na parte especial da lei de contravenções penais de 1941 (variante).

Bibliografia

Accioly, F. (1978). Novos métodos para a repressão penal. *Revista de Informação Legislativa*, nº60, out-dez. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182004/000866818.pdf?sequence=1> Data de consulta: março de 2018.

Albuquerque Neto, F. de S. C. de (2008). A inclusão da pena de morte no Código Criminal do Império (Brasil – 1830). *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, nº54, junho. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2788 Data de consulta: agosto de 2018.

Alves Jr., T. (1864). *Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto.

Alves Júnior, L. C. M. (2009). *Memória jurisprudencial: Ministro Evandro Lins / Luís Carlos Martins Alves Júnior*. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/Evandro_Lins.pdf Data de consulta: setembro de 2018.

Alves, M. M. (2016). *Os penalistas na ditadura civil-militar. As ciências criminais e as justificativas da ordem*. (Tese de doutorado inédita). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Amaral, C. do P. (2012). Evolução histórica e perspectivas sobre o encarceramento no Brasil como sujeito de direitos. En Furlan, V. C. P. (ed.) *Sujeito no direito: história e perspectivas para o século XXI*. Curitiba: CRV.

Amaral, C. do P. (2016). *A história da pena de prisão*. Jundiaí: Paco editorial.

Anais do II Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins (1967). Brasília, 8 a 14 de outubro de 1967.

Andrade, M. F. de (2017). A pena de morte e a revolta dos escravos de Carrancas: a origem da “lei nefanda” (10 de junho de 1835). *Revista Tempo*, Vol 23, nº 2, mai-ago. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/tem/v23n2/1980-542X-tem-23-02-00264.pdf> Data de consulta: setembro de 2018.

Andrade, V. (1995). Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, 16(30), 24-36. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819/14313> Data de consulta: setembro de 2018.

Andrade, V. R. P. de. (2012). *Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan.

Araújo, J. V. (1891). *A constituição federal e as sciencias penaes*. Discurso pronunciado no Congresso Nacional na sessão de 28 de janeiro de 1891. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional.

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

Araujo, J. V. de. (1893). Projecto de codigo penal. Exposição de motivos. *Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife*.

Araújo, J. V. de. (1897). *Codigo penal commentado theorica e praticamente*. Tomo II. Rio de Janeiro: Laemmert.

Ávila, G. N. (2014). Política Criminal e o Código Penal de 1984: O discurso punitivo ressocializador entre permanências e resistências. En Lopes, L. S.; Silva, G. J. F. da; Brodt, L. A. S. (eds.). *Parte Geral do Código Penal Brasileiro 30 anos depois*. Belo Horizonte: D’Plácido.

Bandeira Filho, A. H. de S. (1881). A questão penitenciária no Brazil. *O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*, vol. 25, mai-ago.

Bandeira, E. (1910). *Relatório dos anos de 1909 e 1910 apresentado ao presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil em abril de 1910*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910. Disponível em: <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/u1906/000001.html> Data de consulta: agosto de 2018.

Bandeira, E. (1912). *Estudos de política criminal*. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger.

Barahona, H. (2014). Joaquim José Caetano Pereira e Sousa e as “primeiras linhas” da modernidade jurídica luso-brasileira (sécs. XVIII/XIX). Anais do XVI Encontro Nacional de História da Anpuh-Rio: Saberes e Práticas Científicas, 28 de julho a 1º de agosto, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. Disponível em: http://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1400248157_ARQUIVO_Anpuh_2014.pdf Data de consulta: setembro de 2018.

Baratta, A. (1982). *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*. Bologna: Il Mulino.

Bastos, F. J. F. (1911). *Breves lições de direito penal*. Parte segunda. Bahia: Livro-typographia Almeida.

Bastos, F. J. F. (1933). *Breves lições de direito penal*. Parte primeira. Bahia: Livro-typographia Almeida, 1933.

Batista, N. (2016). *Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira*. Rio de Janeiro: Revan.

Batista, V. M. (2011). *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan.

Brasil (1829). *Annaes do Parlamento Brasileiro*. Camara dos Srs. Deputados. Quarto anno da primeira legislatura sessão de 1829, colligidos por Antonio Pereira Pinto. Tomo V. Rio de Janeiro: Typographia Pinto. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/132489/4223> Data de consulta: agosto de 2018.

Brasil (1875). *Câmara dos Deputados. Annaes do Parlamento Brasileiro – Camara dos Srs. Deputados. Sessão de 1827*. Tomo quarto. Rio de Janeiro: Typographia José Pinto & Cia.

Ricardo Sontag

Brasil (1878). *Annaes do Parlamento Brasileiro*. Camara dos Srs. Deputados. Primeiro anno da segunda legislatura sessão de 1830, colligidos por Antonio Pereira Pinto. Tomo II. Rio de Janeiro: Typographia Pinto. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/132489/4927> Data de consulta: agosto de 2018.

Brasil (1900). *Annaes do Senado Federal. Sessões de 1 de setembro a 22 de novembro de 1899*. Vol. III e appendice. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional.

Brasil. *Carta de Lei de 25 de março de 1824. Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm Data de consulta: setembro de 2018.

Brasil. *Constituição de 1891. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, decretada e promulgada pelo Congresso Nacional Constituinte, em 24/02/1891*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html> Data de consulta: setembro de 2018.

Brasil. *Constituição de 1934. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html> Data de consulta: setembro de 2018.

Brasil. *Constituição de 1937. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, decretada pelo Presidente da República em 10.11.1937*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-35093-10-novembro-1937-532849-publicacaooriginal-15246-pl.html> Data de consulta: setembro de 2018.

Brasil. *Constituição de 1946. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada pela Assembléia Constituinte*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html> Data de consulta: setembro de 2018.

Brasil. *Decreto n. 16.665 de 6 de março de 1924. Regula o livramento condicional*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16665-6-maio-1924-505793-publicacaooriginal-1-pe.html> Data de consulta: fevereiro de 2015.

Brasil. *Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969. Código Penal*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html> Data de consulta: agosto de 2018.

Brasil. *Exposição de motivos n° 211, de 9 de maio de 1983*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html> Data de consulta: agosto de 2018.

Casas de correção” ou “casas de corrupção”?

Brasil. Exposição de motivos nº 213, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html> Data de consulta: agosto de 2018.

Brasil. *Lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957. Dispõe sobre Normas Gerais do Regime Penitenciário, em conformidade do que estatui o art. 5º, n.º XV, letra b, da Constituição Federal e amplia as atribuições da Inspetora Geral Penitenciária.* Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3274.htm Data de consulta: agosto de 2018.

Brasil. *Lei nº 3.310 de 15 de outubro de 1886. Revoga o art. 6º do Código Criminal e a Lei n. 4 de 10 de Junho de 1835, na parte em que impoem a pena de açoites.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3310.htm Data de consulta: setembro de 2018.

Brasil. *Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o Código Penal.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6016-31-dezembro-1973-357598-publicacaooriginal-1-pl.html> Data de consulta: agosto de 2018.

Brasil. *Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-publicacaooriginal-1-pl.html> Data de consulta: agosto de 2018.

Brasil. *Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6416-24-maio-1977-366407-publicacaooriginal-1-pl.html> Data de consulta: agosto de 2018.

Brasil. *Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978. Revoga o Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, e as Leis nºs 6.016, de 1973, e 6.063 de 1974.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6578-11-outubro-1978-357042-publicacaooriginal-1-pl.html> Data de consulta: agosto de 2018.

Brasil. *Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-publicacaooriginal-1-pl.html> Data de consulta: agosto de 2018.

Brasil. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.* Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm#art204 Data de consulta: agosto de 2018.

Ricardo Sontag

Brasil. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.* Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm Data de consulta: agosto de 2018.

Brasil. *Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.* Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9714.htm Data de consulta: agosto de 2018.

Brasil. Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842. Regula a execução da parte policial e criminal da Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=589222&id=14390067&idBinario=15634423&mime=application/rtf> Data de consulta: agosto de 2018.

Brasil. *Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842. Regula a execução da parte policial e criminal da Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Regulamentos/R120.htm Data de consulta: setembro de 2018.

Britto, L. (1924). *Os sistemas penitenciários do Brasil.* Rio de Janeiro: Imprensa Nacional.

Britto, L. (1946). Evolução do sistema penitenciário brasileiro nos últimos vinte e cinco anos. *Arquivos penitenciários*, nº. 1-4.

Bueno, J. A. P. (1857). *Direito publico brasileiro e analyse da constituição do imperio.* Rio de Janeiro: J. Villeneuve.

Cappellini, P. (2011). Francesco Carrara e o problema da codificação do direito. In Dal Ri Júnior, A. e Sontag, R. (eds.). *História do direito penal entre medievo e modernidade.* Belo Horizonte: Del Rey.

César, T. da S. (2015). *A ilusão panóptica: encarcerar e punir nas imperiais cadeias da província de São Pedro (1850-1888).* São Leopoldo: Oikos/Unisinos.

Costa e Silva, A. J. da. (1938). *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado.* Vol. II. São Paulo: Companhia Editora Nacional.

Costa e Silva, A. J. da. (1943). *Código penal anotado.* Vol. I (arts. 1 a 74). São Paulo.

Costa, P. (2008). Diritti fondamentali (storia). In *Enciclopedia del diritto. Annali II. Tomo II.* Milano: Giuffrè.

Costa, P. (2011). O princípio de legalidade: um campo de tensão na modernidade penal. In Dal Ri Júnior, A. e Sontag, R. (eds.) *História do direito penal entre medievo e modernidade.* Belo Horizonte: Del Rey.

Costa, P. (2014). Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica. In Meccarelli, M.; Palchetti, P.; Sotis, C. (eds.). *Il lato oscuro dei diritti umani.* Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/18380> Data de consulta: março de 2017.

Casas de correção” ou “casas de corrupção”?

Costa, V. C. (2013). Codificação e formação do Estado-nacional brasileiro: o Código Criminal de 1830 e a positivação das leis no pós-Independência. Dissertação de Mestrado, Instituto de Estudos Brasileiros, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/31/31131/tde-04112013-164930/pt-br.php> Data de consulta: setembro de 2018.

Dal Ri Júnior, A. (2006). *O Estado e seus inimigos. A repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan.

Dal Ri Júnior, A. (2011). Sicurezza nazionale e regime di eccezione in Brasile dall'Estado Novo alla dittatura militare brasiliana (1935-1985). In Meccarelli, M.; Palchetti, P.; Sotis, C. (eds.) *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*. Macerata: Università di Macerata.

De Francesco, G. (2012). Rocco, Arturo. In Cappellini, P.; Costa, P.; Fioravanti, M.; Sordi, B. (eds.). *Il contributo italiano alla storia del pensiero: Diritto*. Ottava Appendice, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana. Disponível em: http://www.treccani.it/enciclopedia/arturo-rocco_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/ Data da consulta: agosto de 2018.

Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Leis das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3688-3-outubro-1941-413573-publicacaooriginal-1-pe.html> Data de consulta: setembro de 2018.

Dias, C. C. N. (2017). Encarceramento, seletividade e opressão: a “crise carcerária” como projeto político. *Andlise*, n. 28.

Dias, R. F. (2017). *Criminologia no Brasil. Cultura jurídica criminal na Primeira República*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Dotti, R. A. (1980). *Bases e alternativas para o sistema de penas*. Curitiba: Editora Littero-Técnica.

Falcão, J. A. (1831). *Analyse do codigo criminal do Imperio do Brasil*.

Ferri, E. (1928). *Principii di diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice penale vigente – Progetto 1921 – Progetto 1927*. Torino: Unione Tipografica Torinese.

Foucault, M. (1991). *Vigiar e Punir*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Vozes.

Fragoso, H. C. (1954). Direito penal e criminologia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, vol. 6. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/562/529> Data de consulta: agosto de 2018.

Fragoso, H. C. (1976). Alternativas da pena privativa da liberdade. *Revista de direito penal*, vol. 29.

Fragoso, H. C. (1976). *Lições sobre direito penal*. Parte Geral. São Paulo: José Bushatsky.

Ricardo Sontag

Fragoso, H. C. (1980). *Lições sobre direito penal*. Parte Geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

France (1791). *Abolition de la peine de mort. Le débat de 1791 à l'Assemblée nationale constituante. Séance du 30 mai 1791*. Disponível em: http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/peinedemort/30_05_1791.asp Data da consulta: agosto de 2018.

Francisco Accioly Rodrigues da Costa Filho. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Francisco_Accioly_Rodrigues_da_Costa_Filho Data da consulta: agosto de 2018.

Freitas, R. (2012). Condenados à civilização: o positivismo naturalista e a repressão penal no alvorecer da República. In Brandão, C.; Saldanha, N.; Freitas, R. (eds.) *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas.

Giombini, S. (2015). Gorgia esperto di diritto. In Pozzoni, I. (ed.). *Schegge di filosofia antica*. Villasanta: Limina Mentis.

Grossi, P. (1995). Assolutismo giuridico e diritto penale (a proposito di recenti appuntamenti carrariani e della ristampa della 'Parte generale' del 'Programma del corso di diritto criminale' di Francesco Carrara). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, XXIV.

Grossi, P. (2007). *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. Florianópolis: Boiteux, 2007.

Hespanha, A. M. (1993). Da "iustitia" à "disciplina". Textos, poder e política penal no Antigo Regime. En Hespanha, A. M. (ed.) *Justiça e Litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian.

Hespanha, A. M. (2012). *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina.

Hungria, N. (1940). Galdino Siqueira, comentador. *Revista Forense*, agosto.

Hungria, N. (1943). A evolução do direito penal brasileiro. *Revista Forense*, julho.

Hungria, N. (1944). Pena e medida de segurança. *Revista Forense*, dezembro.

Hungria, N. (1963). Anteprojeto de código penal. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 1, abr-jun.

Hungria, N. (1965). Segunda conferência. Conferência apresentada no Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do código penal brasileiro de autoria do ministro Nelson Hungria. Sala "João Mendes Júnior", da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo de 3 de setembro de 1963 a 26 de fevereiro de 1964. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado.

Hungria, N. (1967). Novas teorias e diretrizes do direito penal. In: *Anais do II Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins*. Brasília, 8 a 14 de outubro de 1967.

Casas de correção” ou “casas de corrupção”?

Lacchè, L. (2012). Rossi, Pellegrino. En Cappellini, P.; Costa, P.; Fioravanti, M.; Sordi, B. (eds.). *Il contributo italiano alla storia del pensiero: Diritto*. Ottava Appendice, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana. Disponível em: http://www.treccani.it/enciclopedia/pellegrino-rossi_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/ Data da consulta: agosto de 2018.

Lyra, R. (1946). Método jurídico e direito penal. *Revista Forense*, fevereiro.

Lyra, R. (1958). *Comentários ao código penal*. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

Macário, M. P. (2011). *José Clemente Pereira e o debate jurídico do Império (1830-1850)*. (Dissertação de mestrado inédita). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Machado, J. de. A. (1938). Projeto do Código Criminal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo*, vol. XXXIV, fasc. II, mai-ago.

Maia, C. N.; Albuquerque Neto, F. de S. C. de; Costa, M.; Bretas, M. L. (eds.) (2009). *História das prisões no Brasil*. 2 vols. Rio de Janeiro: Rocco.

Martins, F. (2015). A (des)legitimação do controle penal na *Revista de Direito Penal e Criminologia (1971 - 1983)*. A criminologia, o direito penal e a política criminal como campos de análise crítica ao sistema punitivo brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito.

Meccarelli, M. (1998). *Arbitrium. Um aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici di età di diritto commune*. Milano: Giuffrè.

Miotto, A. B. (1977). A reforma do sistema de penas. A lei n. 6.416 de 24 de maio de 1977 – circunstâncias e fatores que influíram para a sua gênese e na sua elaboração; outras considerações. *Revista de Informação Legislativa*, n. 54, abr-jun.

Motta, M. B. da (2011). *Crítica da razão punitiva. Nascimento da prisão no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

Motta, M. B. de. (2011). *Crítica da Razão Punitiva*. São Paulo: Forense Universitária.

Moyn, S. (2010). *The last utopia: human rights in history*. Harvard: Harvard University Press.

Nogueira, A. (1938). *Pena sem prisão*. Rio de Janeiro: Coelho Branco Editor, 1938.

Organização das Nações Unidas. *Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos. Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comi->

Ricardo Sontag

te-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html
Data de consulta: setembro de 2018.

Paes, M. A. D. (2015). “Eu vos acompanharei em vosso vôo, contanto que não subais muito alto”: as escolhas de Teixeira de Freitas sobre o direito da escravidão. Anais do XXVIII Simpósio Nacional de História, 27 a 31 de julho, Florianópolis, SC, Brasil. Disponível em: http://www.snh2015.anpuh.org/recursos/anais/39/1434319100_ARQUIVO_DIASPAES,M.A.final.pdf Data de consulta: agosto de 2018.

Paixão, D. P. da (2014). *Cem anos do código que nunca existiu – os passos e traços de Galdino Siqueira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Pedro I, Imperador do Brasil. (1822). *Manifesto de S.A.R. o Príncipe Regente Constitucional e Defensor Perpetuo do Reino do Brasil aos povos deste Reino*. Rio de Janeiro: Imprensa Régia. Disponível em: https://digital.bbm.usp.br/bitstream/bbm/7052/1/45000009409_Output.o.pdf Data de consulta: setembro de 2018.

Perdigão, C. (1874). A pena infamante de açoites. *Gazeta Jurídica: revista mensal de doutrina, jurisprudência e legislação*, vol. 4, jul.

Perdigão, C. F. M. (1882). *Manual do código penal brasileiro*. Estudos synthetico e praticos. Tomo primeiro. Rio de Janeiro: Garnier.

Pereira, J. B. (1898). O código penal de 1890: notas históricas (partes I–VIII). *Revista de Jurisprudência*, vol. II.

Pifferi, M. (2013). *L’individualizzazione della pena: difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*. Milano: Giuffrè.

Pimenta, V. P. (2018). *Por trás das grades – o encarceramento em massa no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan.

Pimentel, M. P. (1971). A reforma penal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 66.

Pinto, J. M. F. de S. e Azambuja, B. A. (1832). *O código criminal explicado ou analyse juridica e philosophica da carta de lei de 16 de dezembro de 1830*. Parte primeira. Rio de Janeiro: Typographia De Guettler.

Prosperi, A. (2013). *Delitto e perdono. La pena di morte nell’orizzonte mentale dell’Europa Cristiana. XIV–XVIII secolo*. Torino: Einaudi.

Queiroz, R. M. R. (2007). *A modernização do direito penal brasileiro. Sursis, livramento condicional e outras reformas do sistema de penas clássico no Brasil (1924–1940)*. São Paulo: Quartier Latin.

Ribeiro, J. L. (2005). *No meio das galinhas as baratas não têm razão. A lei de 10 de junho de 1835. Os escravos e a pena de morte no império do Brasil (1822–1889)*. Rio de Janeiro: Renovar.

Rocha, A. C. da. (1873). Pena de morte ao escravo. *Gazeta Jurídica: revista mensal de doutrina, jurisprudência e legislação*, vol. 1, jan–jun.

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

Roig, R. D. E. (2005). *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan.

Sá Pereira, V. de. (1927). Projecto de código penal. *Archivo Judiciario*, Vol. IV, n. 6.

Sá Pereira, V. de. (1927a). O conceito actual do direito penal. *Revista Forense*, vol. XLIX, 1927a.

Sá Pereira, V. de. (1930). *Projecto de código penal brasileiro*. Exposição de motivos sobre a parte geral. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional.

Sá Pereira, V. de. e Moraes, E. de. e Bulhões Pedreira, M. (1933). *Projeto do código criminal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional.

Salgado, J. A. C. (1965). As penas no anteprojeto Nelson Hungria. Conferência apresentada no Ciclo de conferências sobre o anteprojeto do código penal brasileiro de autoria do ministro Nelson Hungria. Sala “João Mendes Júnior”, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo de 3 de setembro de 1963 a 26 de fevereiro de 1964. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado.

Santalucia, B. (1994). *Studi di diritto penale romano*. Roma: “L’Erma” di Bretschneider.

Sarmento, D. *et ali* (2015). Petição inicial Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 347, Supremo Tribunal Federal, Brasil. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560> Data da consulta: agosto de 2018.

Sbriccoli, M. (2009). La storia, il diritto, la prigionia. Appunti per una discussione sull’opera di Michel Foucault. En Sbriccoli, Mario. (Ed.) *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti*. Vol. 2. Milano: Giuffrè.

Sbriccoli, M. (2009a). La storia, il diritto, la prigionia. Appunti per una discussione sull’opera di Michel Foucault. In Sbriccoli, M. *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti*. Vol. 2. Milano: Giuffrè.

Sbriccoli, M. (2009b). Penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell’Italia unita. En Sbriccoli, M. *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti*. Vol. 2. Milano: Giuffrè.

Sbriccoli, M. (2009c). Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo. En Sbriccoli, M. *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti*. Vol. 2. Milano: Giuffrè.

Silva, C. N. da. (2014). Como contar a história dos Direitos Humanos? Algumas questões metodológicas. En Marques, A. e Barcelos, P. (eds.) *Direitos Fundamentais e soberania na Europa. História e Actualidade*. Lisboa: IFILNova. Disponível em: <http://www.eplab.ifilnova.pt/file/uploads/33020297a305657b-d4bbee465217dd71.pdf> Data de consulta: setembro de 2016.

Silva, J. do N. (1862). *Código criminal do Imperio do Brasil augmentado com as leis, [etc.]*. Rio de Janeiro: Laemmert.

Ricardo Sontag

SILVA, L. G. da (2012). Análise histórica do sistema penitenciário: subsídios para a busca de alternativas à humanização do sistema prisional. *Conteúdo Jurídico*, 24 nov. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40751&seo=1> Data de consulta: agosto de 2018.

Siqueira, G. (1913). *Projecto de código penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Offs. Graphs. do Jornal do Brasil e da Revista da Semana.

Siqueira, G. (1921). *Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Jacyntho Ribeiro dos Santos.

Solus [Eduardo Teixeira de Carvalho Durão] (1891). O novo código penal. *O Direito: revista mensal de doutrina, legislação e jurisprudência*, 55º vol. mai-ago 1891.

Sontag, R. (2008). Lei penal e exemplaridade econômica: a execução das penas como extensão dos enunciados legislativos em Jeremy Bentham. En: Dal Ri Júnior, A.; Castro, A. R. de; Paulo, A. R. de; Sontag, R. *Iluminismo e Direito Penal*. Florianópolis: Boiteux.

Sontag, R. (2009). *Código e Técnica. A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria*. (Dissertação de mestrado inédita). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.tede.ufsc.br/teses/PDPC0931-D.pdf> Data de consulta: setembro de 2018.

Sontag, R. (2014). “Código criminológico”? *Ciência jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899)*. Rio de Janeiro: Revan.

Sontag, R. (2016). Curar todas as moléstias com um único medicamento: os juristas e a pena de prisão no Brasil (1830-1890). *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, a. 177 (471), 45-72, abr./jun. Disponível em: <https://ihgb.org.br/revista-eletronica/artigos-471/item/108296-curar-todas-as-molestias-com-um-unico-medicamento-os-juristas-e-a-pena-de-prisao-no-brasil-1830-1890.html> Data de consulta: setembro de 2018.

Sontag, R. (2017). “Código negro”. Reverberações de Teixeira de Freitas entre os penalistas brasileiros do século XIX. En Roberto, G. B. S. e Ribeiro, G. P. L. (eds.) *Teixeira de Freitas e o direito civil. Estudos em homenagem ao bicentenário (1816-2016)*. Belo Horizonte: Initia Via.

Sontag, R. (2017). “Verbalismo de jornal”. Ensino do direito penal, ciência e lei em Roberto Lyra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (Dossiê especial Dogmática e História do Direito Penal), vol. 131, maio.

Sontag, R. (2018). História de uma “situação extra-constitucional”: o banimento entre direito e política no Brasil (1824-1934). *Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, nº 47, 469-505. Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/47/0475.pdf> Data de consulta: setembro de 2018.

Casas de correcção” ou “casas de corrupção”?

Sousa, J. J. C. P. e (1800). *Primeiras linhas sobre processo criminal*. 2ª ed. Lisboa: Officina de Simão Thaddeo Ferreira.

Souza, B. F. H. de. (1858). *Codigo criminal do Imperio do Brasil annotado*. Nova edição. Recife: Typographia Universal.

Souza, R. F. de e Nogueira, H. E. de M. (1999). *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, abril. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/97-77-Abril-1999 Data da consulta: agosto de 2018.

Tarello, G. (2011). O problema penal no século XVIII. En Dal Ri Júnior, A. e Sontag, R. (eds.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey.

Thompson, A. (2002). Prefácio da 1ª edição de 1976. En Thompson, A. *A questão penitenciária*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

Toledo, M. D. de. (1878). *Lições acadêmicas sobre artigos do codigo criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Garnier.

Trindade, C. M. (2016). Notas sobre o aprisionamento na Bahia do século XIX. *História: questões e debates*, vol. 64, n. 1, janeiro-junho.