

INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO BRASILEIRO

RICARDO SONTAG

CURAR TODAS AS MOLÉSTIAS COM
UM ÚNICO MEDICAMENTO: OS
JURISTAS E A PENA DE PRISÃO NO
BRASIL (1830-1890)

SONTAG, Ricardo.

CURAR TODAS AS MOLÉSTIAS COM UM ÚNICO
MEDICAMENTO: OS JURISTAS E A PENA DE PRISÃO NO
BRASIL (1830-1890).

R. IHGB, Rio de Janeiro, a. 177(471): 45-72, abr./jun. 2016

Rio de Janeiro
abr./jun. 2016

“CURAR TODAS AS MOLÉSTIAS COM UM ÚNICO MEDICAMENTO”: OS JURISTAS E A PENA DE PRISÃO NO BRASIL (1830-1890)

“HEALING ALL DISEASES WITH A SINGLE DRUG”: JURISTS AND IMPRISONMENT IN BRAZIL (1830-1890)

RICARDO SONTAG¹

Resumo:

Como já vem sendo destacado pela historiografia, o código criminal de 1830 é um marco importante na história da pena de prisão no Brasil. Já o tema das diferenças entre o código de 1830 e o de 1890 foi pouco explorado. O código de 1830 teria optado pela “multiplicidade das penas” e o de 1890 pela “unicidade de pena”: é possível encontrar menções desse tipo em textos de juristas do século XIX. Assim, o que este artigo pretende explorar é justamente as características específicas desses dois códigos na cultura jurídica do século XIX, como os juristas se posicionaram acerca de eventuais transformações desejáveis no arsenal punitivo do código de 1830, isto é, se e como avaliavam a pena de prisão em comparação com as outras que existiam no código (açoites, pena de morte etc.). Metodologicamente, este artigo parte dos textos dos códigos e dos textos dos juristas brasileiros da época, considerando a espessura própria do “jurídico” e as ideias jurídicas não somente como esquemas abstratos, mas como ideias inseridas em determinados gêneros literários e relacionadas a determinados papéis exercidos pelos autores de tais textos. Nesse sentido, foi possível perceber: a) que, mesmo no interior do pouco propício gênero “comentário”, os juristas brasileiros se posicionaram, especialmente quando os dispositivos legais sobre as penas suscitavam questões civilizacionais, e b) que a centralidade da pena de prisão se aprofunda no código de 1890 não somente em sentido quantitativo, e tal diferença foi percebida pelos juristas da época.

Palavras-chave: História do Direito Penal; Cultura jurídica; Prisão; Direito Penal; Brasil; Século XIX.

Abstract:

As already highlighted by historiography, the criminal code of 1830 is an important milestone in the history of imprisonment in Brazil. However, the issue concerning the differences between the 1830 and the 1890 code has not been properly addressed yet. The 1830 code is said to have opted for “multiple punishments”, where as that of 1890 for “single punishments”: references to the latter can be found in legal texts of the nineteenth century. This article aims to explore the very specific characteristics of these two codes in the legal culture of the nineteenth century and what position jurists took on the desirable changes in the set of punishments laid down in the 1830 code, that is, how, if at all, they would contemplate imprisonment as compared to other punishments provided for in the code (flogging, death penalty etc.). Methodologically, the article analyses the texts of both codes and those written by Brazilian jurists of the time, taking into account the legal scope and the legal ideas not only as abstract schemes, but also as ideas embedded in specific literary genres and related to specific roles played by the authors of the texts. It was thus possible to understand that: a) even within the not so appropriate genre ‘commentary’, Brazilian jurists took a stand, especially when the legal provisions on the penalties raised civilizational issues, and b) the centrality of imprisonment is enhanced in the 1890 code not only quantitatively, and this difference was perceived by the jurists of the time.

Keywords: History of Criminal Law; Legal Culture; Imprisonment; Criminal Law; Brazil; Nineteenth Century.

1 – Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli studi di Firenze (Itália). Professor de História do Direito da UFMG. E-mail: ricardosontag@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

O código criminal brasileiro de 1830, na memória da penalística brasileira, costuma figurar como o marco de superação das penas do livro V das Ordenações Filipinas, consideradas “medievais” e “cruéis”. No âmbito do progressista e otimista imaginário acerca das reformas penais da época, a pena de prisão funcionava muito bem como a pena “civilizada” por excelência (ou, talvez, como uma pena disciplinarmente mais eficaz e, ao mesmo tempo, aparentemente mais adequada aos padrões de humanidade iluministas). Nesse sentido, a historiografia brasileira já identificou muito bem no código criminal de 1830 um momento importante no processo de generalização da prisão enquanto pena², em um paralelismo assimétrico (e com importantes particularidades) na comparação, por exemplo, com a experiência europeia (já bastante estudada, também, pela historiografia)³.

Vale ressaltar que o objetivo aqui não é fazer uma história das prisões no Brasil⁴, muito embora existam interfaces entre as duas abordagens. Carlos Aguirre (2009, p. 47), por exemplo, argumenta que “o encarceramento foi um componente relativamente pouco importante dentro

2 – Nesse sentido, César Tripoli (1936, p. 224), que com claro exagero dizia que as penas carcerárias cobriam “a quasi totalidade dos crimes”; Zahidé Machado Neto (1977, p. 79), que falava em mais de 50% de penas de prisão ao longo da parte especial, mas contabilizações mais recentes chegam no máximo a 50%, como veremos; Noronha (2004), com uma contagem de penas carcerárias que não chega a ultrapassar 50%; a análise foucaultiana de Motta (2011); a detalhada dissertação de mestrado de Vivian Chieregati Costa (2013); e Pessoa (2014), muito embora a relação entre “generalização da prisão” e iluminismo por ela proposta mereça ser complexificada, como veremos. O escravismo brasileiro oitocentista como um elemento que particularizava os projetos penais importados principalmente da Europa já é um lugar-comum na historiografia brasileira (cf. por todos KOERNER, 2006 e GRINBERG, 2002). Sobre Direito Penal e escravidão, cf. também o importante trabalho de Jurandir Malerba (1994), apesar de algumas de suas conclusões sobre as posições dos juristas acerca das penas aplicáveis aos escravos, como se poderá perceber ao longo deste texto, causem alguma perplexidade.

3 – Para mencionar somente alguns dos estudos mais importantes sobre o tema, vale lembrar o pioneiro Rusche e Kirchheimer (2004), o influente livro de Foucault (1991) e o debate em torno dele na coletânea organizada por Michelle Perrot (1980) e o clássico estudo de Melossi e Pavarini (2006).

4 – Tema para o qual é possível remeter, por todos, aos dois volumes organizados por Maia, Sá Neto, Costa e Bretas (2009).

das estruturas de poder da maioria dos países latino-americanos durante a segunda metade do século XIX, como podemos ilustrar com os casos do México e do Brasil”. O objetivo deste trabalho não é avaliar o encarceramento no âmbito das “estruturas de poder”, mas do “imaginário jurídico”. De qualquer forma, a interface entre tais abordagens existe e reside no seguinte aspecto: a relatividade mencionada por Aguirre pode ser compreendida, também, no que diz respeito ao lugar das penas carcerárias ao lado de penas como a de morte e a de açoites, e às posições adotadas pelos juristas a respeito do lugar de tais penas na panóplia punitiva.

Apesar do largo espaço concedido à prisão enquanto pena no código de 1830, o jurista António Herculano Bandeira Filho escrevia em 1881 que “em vez da unidade, [o código criminal de 1830] preferiu a multiplicidade das penas” (p. 31); em 1898, o autor do código penal de 1890 – que substituiu o de 1830 – dizia que “a grande novidade da revisão de 1890 é a unicidade de pena” (PEREIRA, 1898, p. 265). Tais declarações convidam a articular ulteriormente as características desses dois momentos importantes – o do código de 1830 e o do código de 1890 – da história da ideia de pena de prisão no Brasil. Em algumas argutas análises historiográficas já é possível encontrar indicações de que esses dois momentos marcados pelos dois referidos códigos não são perfeitamente homogêneos. Sempre indicações, porém, ainda pendentes de um maior aprofundamento⁵. A meta deste trabalho, então, é modesta, muito

5 – O historiador do Direito José Reinaldo de Lima Lopes (2000, p. 380) já tinha observado *en passant* sobre o código penal de 1890 que “[o] modelo penal passou a ser quase que exclusivamente a privação de liberdade, incluindo-se a prisão com trabalhos para vadios e capoeiras, e prisão disciplinar para menores”. O estudo de Motta (2011, p. 295) concluiu que a prisão já se tornara o baricentro do sistema penal no código de 1830, porém, o código de 1890 consagrou “ainda mais a prisão como o centro do sistema penal”. Apesar de extenso, o estudo de Motta praticamente não se ocupa das posições dos comentaristas dos códigos de 1830 e de 1890 sobre o sistema de penas. Alvarez, Salla e Souza (2003) também já indicaram muito bem que houve uma passagem de um sistema baseado na multiplicidade das penas (código criminal de 1830) para um sistema muito mais centrado nas penas carcerárias (código penal de 1890), com uma pertinente menção às críticas de juristas imperiais às penas não carcerárias, mas somente uma menção, porque o foco do artigo não estava na análise das posições dos juristas e nem no período imperial, mas sim no republicano. Um esforço de diferenciação entre os momentos do código de 1830 e o de 1890, que este trabalho pretende aprofundar, já foi feito também

embora seja uma peça importante no mosaico da história do Direito Penal brasileiro. Trata-se de perscrutar os significados da pena de prisão na cultura jurídica brasileira oitocentista, as posições adotadas pelos juristas a respeito dela, com o objetivo de compreender as modificações trazidas pelo código de 1890; modificações, aliás, que fizeram um de seus críticos mais mordazes, o jurista Eduardo Teixeira de Carvalho Durão, em 1891, sustentar que o código pretendia “curar todas as moléstias com um único medicamento” (SOLUS, 1891, p. 211).

Para uma análise desse tipo, na esteira das sugestões metodológicas do historiador do Direito Mario Sbriccoli, é praticamente inevitável a ênfase na espessura própria da dimensão jurídica⁶. Isso significa, mais concretamente, neste caso: a) analisar os posicionamentos dos juristas brasileiros oitocentistas não somente acerca da pena de prisão, mas, também, sobre outros tipos de pena (pena de morte, galés e açoites para escravos, por exemplo); b) detalhar as diferenças entre o código de 1830 e o de 1890, tanto quantitativas (quantidade de tipos de penas previstas em cada um dos códigos, número de vezes que cada tipo de pena era cominada para os crimes da parte especial e número de vezes que a pena de prisão aparecia cominada de maneira autônoma) como qualitativas (esboço de um regime penitenciário no código de 1890, que não existia no código de 1830, por exemplo). Uma narrativa, em suma, que pretende articular o momento de análise dos textos legislativos – as diferenças e semelhanças entre os dois códigos – com os textos dos juristas. Ou seja, não só as

em Sontag (2014, p. 181-189).

6 – Por dimensão jurídica, Sbriccoli (2009a, p. 1112-1113) entende não somente o texto legal, mas o direito enquanto “presença’ cultural ou ideológica”, com a sua linguagem própria, a sua complexidade, o seu rigor vocabular, e que exige cuidados especiais para que seja possível atravessá-lo e compreendê-lo historicamente. Nesse sentido, em uma profunda resenha de 1977, Sbriccoli (2009b, p. 1075-1092) criticava em *Vigiar e Punir* de Foucault a tendência em se esquivar do discurso dos juristas, tendência que é possível verificar também no livro do foucaultiano brasileiro Manoel Barros da Motta (2011), no qual os juristas – ou talvez seja melhor dizer os bacharéis em Direito – aparecem quase tão somente enquanto autores de relatórios e projetos administrativos. Os livros de direito penal por excelência, de fato, quase não aparecem. Uma lacuna compreensível se tivermos em mente que Foucault nunca pretendeu fazer história ‘do direito’, o que implica que o historiador ‘do direito’ não deve tomá-lo como modelo sem ressalvas.

eventuais diferenças e semelhanças entre os códigos, mas, também, como os juristas se posicionaram acerca de eventuais transformações desejáveis no arsenal punitivo do código de 1830. Trata-se, em suma, de inscrever a história da legislação, do instrumental técnico do Direito legislado, no âmbito dos imaginários jurídicos que lhes dão sentidos historicamente próprios.

SOBRE A LITERATURA JURÍDICO-PENAL: “ANNOTAR” O CÓDIGO?

Não é tão óbvio, porém, encontrar entre os juristas brasileiros do século XIX a postura avaliativa diante da legislação vigente. Em tese, a literatura do “código comentado” ou “anotado” não é muito afeita a esse tipo de postura. A “exegese” da lei estatal, na concepção moderna, pretendia justamente esvaziar a criatividade do jurista em nome não somente das garantias individuais – no caso do Direito Penal – mas também da afirmação da lei estatal como fonte primordial do Direito⁷. O papel do jurista se reduziria à “exegese” dos sentidos já inscritos na legislação tendo em vista a sua aplicação nos tribunais. Uma espécie de subordinação do discurso jurídico⁸. Em contextos como o italiano do séc. XIX, permeado de vários códigos, muitos deles bem pouco adequados aos padrões iluministas de racionalidade, gozando de pouquíssimo prestígio entre os juristas, pôde se desenvolver, também, uma literatura jurídica fortemente avaliativa⁹. O primeiro código penal unitário italiano com um viés liberal só seria promulgado em 1889¹⁰. No Brasil, já tínhamos um código criminal unitário – e com prestígio entre os juristas¹¹ – desde 1830. Um fato que, como era de se esperar, estimulava a literatura do comentário.

7 – Trata-se da diferença moderna entre legalidade-garantia e legalidade-potência, muito bem explicada pelo historiador do Direito Pietro Costa (2011).

8 – Sobre o legalismo moderno, cf. por todos as provocativas páginas do historiador do Direito Paolo Grossi (2007a, 2007b).

9 – Sobre essa penalística, com esse foco, cf. a análise de Mario Sbriccoli (2009d).

10 – Sobre o código penal italiano de 1889, cf. a análise do historiador do Direito Luigi Lacchè (2014).

11 – Nesse sentido muito específico é que poderíamos falar de efeito ideológico de ocultamento – como sugeriu Jurandir Malerba (1994, p. 140) – no discurso de alguns juristas do Império (e que se reproduziu depois), isto é, ao mitologizar o código de 1830 na com-

Algumas das “anotações” ao código criminal de 1830 às vezes eram, inclusive, particularmente sucintas. Colecionavam a respeito de cada artigo algumas outras leis ou avisos pertinentes; algumas decisões jurisprudenciais; eventualmente alguma observação do autor do livro ou alguma citação (se fosse um jurista estrangeiro, tanto melhor). Certamente, livros que tinham a sua utilidade, como material de consulta para juízes, advogados, promotores. Em termos de avaliação da legislação vigente, a partir da ciência cultivada pelos juristas, porém, muito pobres¹².

Alguns dos poucos livros monográficos de Direito Penal da época não trataram do nosso tema. Devemos fazer uma ressalva, porém, aos estudos e relatórios de ministros da Justiça, de diretores de cárceres e de visitas a prisões estrangeiras sobre os regimes penitenciários. Uma literatura que, segundo alguns juristas brasileiros do fim do século XIX (BANDEIRA FILHO, 1881), ainda era insuficiente para que fosse possível uma guinada no sentido da implantação de um sistema penitenciário capaz de atingir os seus objetivos. Deixaremos esses relatórios de lado por ora, não exatamente em função de o caráter jurídico dessa literatura ser duvidoso (PERDIGÃO, 1873, p. 44) – por que o modo de execução da pena não seria um tema jurídico? –, mas porque já dispomos de análises historiográficas a respeito¹³ e porque poucas vezes é possível encontrar nesses relatórios a crítica ao código criminal, uma ausência, aliás, percebida, na época, pelo jurista Carlos Perdigão (1873, p. 45-46). A necessidade sentida por juristas, como Antônio Herculano de Souza Bandeira Filho, de aprofundar esse tipo de estudo é um indício de dois fenômenos: primeiro, que, apesar de tudo, a “questão penitenciária” enquanto conjunto de práticas e representações acerca do objeto “prisão enquanto pena” estava se formando no Brasil do século XIX. Nesse sentido, o código criminal de 1830 pode ser considerado apenas uma etapa inicial de tal processo,

paração com o livro V das Ordenações, removendo como algo de menor importância, por exemplo, os açoites. Um discurso bastante comum nas introduções históricas, mas que não dá conta de todo o posicionamento de tais juristas acerca do sistema de penas efetivamente vigente.

12 – É o caso, por exemplo, de Silva (1862), Filgueiras Júnior (1876) e Tinôco (1886).

13 – Cf. por todos Motta (2011).

que passou pela construção de cárceres, por visitas técnicas na Europa e nos EUA, pela produção de relatórios a respeito dos regimes penitenciários, pelas notícias dos congressos penitenciários ocorridos na Europa que chegavam ao Brasil, e assim por diante. A qualificação de fruto da “questão penitenciária”, portanto, cabe muito melhor, como veremos, ao código penal de 1890.

Os artigos publicados nas revistas jurídicas especializadas muitas vezes se assemelhavam a pareceres: respostas a dúvidas pontuais sobre a aplicação da legislação. Muito distante da realidade brasileira, a possibilidade de uma revista como a *Giornale per l’abolizione della pena di morte* lançada na Itália em 1861 e especialmente dedicada a uma batalha cultural pelo aumento do grau de civilidade do Direito Penal. Mas nem só de artigos-pareceres viviam as revistas jurídicas brasileiras do século XIX. O peso relativo desse tipo de literatura nas seções doutrinárias das revistas ainda é um tema a ser melhor explorado; o que já é certo é que nas revistas conseguimos encontrar alguns escritos empenhados na avaliação da legislação vigente.

De maneira análoga, na literatura de comentário é possível encontrar interessantes “enxertos” na parte sobre o título II – “Das penas” – do código criminal. São fragmentos em que existe um “posicionamento” a respeito da qualidade das penas previstas na lei. E é na existência desses posicionamentos que o papel do jurista enquanto autor de determinado tipo de literatura se expande. Para alguns casos, a própria palavra “enxerto” talvez não seja a mais adequada, pois Thomaz Alves Júnior (1864, p. 9), por exemplo, explicita já na parte introdutória do seu livro o objetivo de colaborar para o aperfeiçoamento da legislação vigente. Talvez seja um objetivo não perfeitamente harmonioso com o gênero literário comentário na sua versão moderna-legalista; talvez os gêneros “livro monográfico”, “tratado” ou mesmo o “artigo” (desde que não tivesse as características do gênero “parecer”) fossem mais adequados para a realização de tal objetivo. O potencial de atração do código criminal de 1830 e a necessidade de corresponder, também, aos objetivos menos altos da prática judiciária talvez tenham sido determinantes.

Parece possível, portanto, a partir dessas fontes, fazer uma história não somente das ideias jurídicas enquanto tais, mas da relação das ideias jurídicas com determinados papéis historicamente exercidos pelos juristas enquanto autores de determinados tipos de texto. Determinadas penas do código criminal de 1830 – morte, galés e açoites – suscitaram questões que, para os juristas do século XIX, eram civilizatórias. Diante de questões civilizatórias não era possível ater-se, ao menos não para todos, ao papel técnico-aplicativo: urgia dirigir-se não somente ao “aplicador do direito”, mas também ao “legislador”. Mais um destinatário imaginado se impunha na configuração dos textos jurídicos¹⁴. Nos interstícios de uma literatura aparentemente tomada pela postura subordinada do exegeta, os “posicionamentos” acabam aparecendo.

No lado da “barbárie”, morte, galés e açoites; no lado da “civilização”, as penas de prisão. Mas antes de articular melhor as posições dos juristas, vejamos mais de perto a “multiplicidade” das penas no código criminal de 1830.

SOBRE O CÓDIGO CRIMINAL DE 1830: A “MULTIPLICIDA-

14 – Sobre as noções de gênero literário, ou melhor, de “gênero do discurso”, e de destinatário imaginado, é preciso denunciar a inspiração – utilizada aqui de maneira perfeitamente instrumental, isto é, sem a pretensão de entrar nos debates específicos da teoria literária e da teoria da recepção – nos escritos de Mikhail Bakhtin e de Wolfgang Iser. A noção de gênero do discurso de Bakhtin (2003) pretendia, exatamente, ser mais ampla do que, por exemplo, a noção de “gênero literário”, ao ponto de permitir, também, a análise de discursos científicos, técnicos etc. Optei por usar a expressão “gênero literário” por razões estilísticas e porque ela já vem sendo usada na historiografia (A. M. Hespanha, por exemplo) em acepções mais amplas. Bakhtin (1997, p. 231) afirmava que “cada um dos gêneros do discurso, em cada uma das áreas da comunicação verbal, tem sua concepção padrão do destinatário que o determina como gênero.” E, mais adiante, Bakhtin (1997, p. 325) completa: “as diversas formas típicas de dirigir-se a alguém e as diversas concepções típicas do destinatário são as particularidades constitutivas que determinam a diversidade dos gêneros do discurso.” O semiólogo Wolfgang Iser (1987, p. 65) menciona a existência, nas teorias da recepção, de abordagens que enfocam o “modo como uma obra literária foi acolhida por um específico público de leitores” – que, talvez, na historiografia, possamos aproximar de algumas análises de Roger Chartier – mas ele também enfatiza a utilidade da noção de “leitor pressuposto” pelo próprio texto analisado – ou “destinatário imaginado”, na expressão que preferi utilizar – para a reconstrução histórica (ISER, 1987, p. 72-73).

DE DAS PENAS”

Uma longuíssima tradição não reconhecia ao encarceramento o caráter de pena. No mais das vezes utilizada como medida processual, como pena só era aplicada excepcionalmente (FIORELLI, 1966, p. 224-225; HESPANHA, 2015, p. 674). Na segunda metade do século XVIII, o reformismo penal iluminista já reconhecia a prisão como uma pena bastante adequada. Não mais do que isso, porém. O critério da analogia entre crimes e penas, fundamental no pensamento penal iluminista, ainda exigia diversidade de instrumentos punitivos e visibilidade. Para usar uma expressão de Foucault (1991), trata-se da pena-representação, que ainda não se identifica com o carcerocentrismo do século XIX, pautada pela aplicação monótona de uma pena modulada temporalmente e cuja execução tenderia à invisibilidade no interior dos muros das prisões. Conceitualmente, Foucault marcou bem as diferenças entre o reformismo iluminista setecentista e os debates que se formariam ao longo do século XIX, mas ele parece ter superestimado o *code pénal* de 1810 enquanto marco do carcerocentrismo, afinal, estamos falando de um código famoso por se utilizar em vários tipos penais – especialmente no capítulo sobre crimes de natureza política – da pena de morte, e por dispor de uma panóplia punitiva que ia do *carcan*, passando pelo banimento e chegando ao confisco. É possível admitir que o *code* de 1810 aprofundou o carcerocentrismo em comparação com o código penal francês de 1792, mas não mais do que isso.

Vinte anos depois, o código criminal brasileiro de 1830, em comparação com o francês, aprofundaria um pouco mais, é verdade, o carcerocentrismo. Nesse ponto, a historiografia brasileira vem fazendo muito bem em enfatizar a importância das penas carcerárias no código de 1830. O carcerocentrismo se aprofunda claramente no aspecto numérico: não é possível contabilizar com exatidão as penas do código francês, mas, comparativamente, a ausência do confisco geral, do banimento, do *carcan* e a clara diminuição no número de cominações de pena de morte deixam bastante evidente tal aprofundamento. O código francês ainda previa toda uma encenação ao redor da execução da pena de morte e de trabalhos

forçados¹⁵, enquanto o brasileiro praticamente só previa a execução pública na força da pena de morte. Alguns códigos posteriores irão ainda mais longe e determinarão a execução da pena de morte fora das vistas da população.

Mas o que fez o código criminal de 1830 envelhecer ao longo do século XIX foi a “multiplicidade das penas” enquanto tal. Em um fragmento do parecer da comissão legislativa que escolheu o projeto de Bernardo Pereira de Vasconcellos em detrimento do de Clemente Pereira para a continuação do processo de elaboração do código, lemos o seguinte argumento:

2º Que, para entrar na regular discussão conforme a ordem dos trabalhos, se prefira o [projeto de código criminal] do Sr. [Bernardo Pereira de] 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. Grifo meu).

Como veremos, foi exatamente o critério “prudente variedade” que foi se perdendo ao longo do século XIX, concomitantemente à afirmação do carcerocentrismo. Mas, antes, vejamos como se expressou a “prudente variedade” das penas na versão final do código.

A panóplia punitiva do código criminal de 1830 previa: morte (art. 38); galés, temporária ou perpétua (art. 44); prisão com trabalho, temporária ou perpétua (art. 46); prisão simples, temporária ou perpétua (art. 47); banimento (art. 50), mas não foi cominada para nenhum crime da parte especial; degredo (art. 51); desterro (art. 52); multa (art. 55); perda do emprego (art. 59); suspensão do emprego (art. 58); e açoites, que

15 – O art. 20 do código penal francês de 1810, por exemplo, determinava o seguinte: “*Quiconque aura été condamné à la peine des travaux forcés à perpétuité, sera flétri, sur la place publique, par l'application d'une empreinte avec un fer brûlant sur l'épaule droite. Les condamnés à d'autres peines ne subiront la flétrissure que dans les cas où la loi l'aurait attachée à la peine qui leur est infligée. Cette empreinte sera des lettres T P pour les coupables condamnés aux travaux forcés à perpétuité; de la lettre T pour les coupables condamnés aux travaux forcés à temps, lorsqu'ils devront être flétris. La lettre F sera ajoutée dans l'empreinte, si le coupable est un faussaire.*”

substituíra qualquer pena que não fosse morte ou galés caso o condenado fosse escravo (art. 60).

A contabilização de Vivian Chieregati Costa (2013, p. 227-228) acerca da cominação das penas na parte especial resultou nos seguintes números: morte, 0,8%; galés temporárias, 1,3%; galés perpétuas, 2,5%; prisão com trabalho, 26,9%; prisão perpétua com trabalho, 1%; prisão simples, 20,9%; prisão perpétua, 0,42%; multa, 27,9%; perda do emprego, 7,4%; suspensão do emprego, 8,7%; banimento, não foi cominada; desterro, 1,06%; degredo, 0,63%; açoite, 0,21%¹⁶. A privação do exercício dos direitos políticos (art. 53) só aparece na parte geral enquanto dispositivo genérico para a complementação das penas de galés, prisão, desterro e degredo. A pena de açoites, evidentemente, desequilibra o cálculo porque ela modificava todas as penas de acordo com o sujeito implicado, assim como as hipóteses de tentativa, para a qual existia um dispositivo geral de modificação das penas cominadas (art. 43). De qualquer forma, a preferência pelas penas carcerárias é bastante clara: todas elas somam 49,22% do total.

Uma preferência que nos permite inserir o código criminal de 1830 no início de um processo, mas, como veremos, um código – como o de 1890 – que aparece como resultado do nascimento e consolidação da “questão penitenciária” oitocentista aprofundaria ainda mais a opção pelo cárcere. Mas antes de chegar aos sentidos de tal aprofundamento, vejamos os posicionamentos dos juristas oitocentistas acerca do sistema de penas do código de 1830.

16 – A metodologia para a contabilização, que incluiu também o projeto inicial de Vasconcellos (mas esta parte não foi aqui reproduzida), foi a seguinte: “[p]ara a elaboração da Tabela II contabilizamos em sua totalidade, o aparecimento de cada punição específica nos diplomas de Vasconcellos e de 1830. Assim, ainda que as Partes Especiais destes documentos contassem, respectivamente, com 223 e 240 artigos, a divisão das punições admitidas a cada crime entre os graus máximo, médio e mínimo fez com que, por diversas vezes, punições diferentes aparecessem prescritas a um mesmo crime e, portanto, num mesmo artigo. Nestes casos, cada uma das penas foi contabilizada individualmente, daí o número total de penas ultrapassar, em muito, o número absoluto de artigos presentes na Parte Especial de cada um dos documentos.” (COSTA, 2013, p. 227, nota 414).

OS JURISTAS DIANTE DAS PENAS: “CIVILIZAR” O DIREITO PENAL

É praticamente uma unanimidade entre os juristas brasileiros do Império a celebração da excelência da pena de prisão, em particular, da prisão com trabalho¹⁷. À prisão simples faltaria o elemento “regenerador” do trabalho, o que prejudicaria o principal atributo das penas carcerárias, o potencial corretivo (TOLEDO, 1878, p. 564-565; ALVES Jr., 1864, p. 108). Evidentemente, os juristas não desconheciam as mazelas dos cárceres brasileiros (ALVES Jr., 1864, p. 529; TOLEDO, 1878, p. 572), mas parece imperar um otimismo acerca da possibilidade de reformá-los. Otimismo sobre a possibilidade de realizar o preceito constitucional que exigia cadeias “seguras”, “limpas”, “bem arejadas”, “havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes” (art. 179, inc. XXI da Constituição de 1824). Dessa forma, a prisão poderia se tornar aquilo que ela era na teoria: uma pena “civilizada” com a maior capacidade de “correção” dos condenados.

As críticas não tocavam a pena de prisão em si. Além das mazelas da realidade prisional, chegou a ser levantada a crítica às penas perpétuas ou muito curtas que impediriam a prisão de realizar a sua finalidade corretiva (ALVES Jr., 1864, p. 108), assim como a ausência de previsão legal de um regime penitenciário (BANDEIRA FILHO, 1881, p. 30).

Experiências e teorias em torno dos sistemas de Auburn e da Filadélfia marcaram a questão penitenciária no século XIX. Muito esquematicamente, o sistema da Filadélfia originário previa o isolamento absoluto (BANDEIRA FILHO, 1881, p. 15) e, no auburniano, “os condenados pernoitam nas células e trabalham em *commum* durante o dia, guardado o mais rigoroso silêncio” (BANDEIRA FILHO, 1881, p. 15). Ao longo do século XIX, surgiram variações dos dois sistemas originários, como o progressivo de Walter Crofton em que o preso passa por fases, desde o isolamento celular até o livramento condicional, de acordo com o

17 – Cf. por exemplo Alves Jr. (1864, p. 105), Toledo (1878, p. 552) e Bandeira Filho (1881).

seu comportamento (BANDEIRA FILHO, 1881, p. 25-28). O comportamento do condenado modulando a execução da pena também suscitou o interesse dos juristas brasileiros pelo livramento condicional, com referências explícitas ao *ticket of leave* experimentado na Inglaterra (ALVES Jr., 1864, p. 112-115; BANDEIRA FILHO, 1881, p. 196). Debates e experiências que se desenvolvem – e chegam ao Brasil – ao longo do século XIX, muito embora em 1881 Bandeira Filho se lamentasse que o interesse pelo tema ainda não era suficientemente forte. Ressalvado, talvez, o exagero de Bandeira Filho – que valorizava retoricamente o seu próprio escrito – é bem verdade que parece ter sido uma unanimidade a ideia segundo a qual nem teria sido possível, em 1830, definir no código um regime penitenciário específico. Mesmo mais tarde, alguns juristas, diante das incertezas acerca da eficácia dos regimes, absolviam o código de 1830 dessa ausência (PERDIGÃO, 1873). Ao que parece, é bastante tardia a efetiva condenação, por parte dos juristas, dessa ausência do código: Alves Jr. (1864, p. 529 e 533), ao contrário, chegou a elogiar o código por não ter feito nenhuma opção. Na década de 1880, alguns juristas, como Bandeira Filho (1881), já estavam convencidos da excelência do sistema progressivo irlandês de Walter Crofton e advogavam a necessidade de substituir o velho código por essa razão.

No reverso dos elogios às penas carcerárias, não é de surpreender que encontremos críticas às outras penas. Algumas delas suscitavam apenas censuras discretas, geralmente relacionadas à duvidosa eficácia ou à dificuldade em aplicá-las de maneira igualitária (caso da multa) (BANDEIRA FILHO, 1881, p. 195; TEIXEIRA, 1859, 15). Outras, porém, tocavam em questões “civilizacionais”.

Sobre a pena de morte, é possível encontrar posicionamentos veementes contra ela entre os juristas brasileiros do Império. A argumentação, em regra, girava em torno não só da sua ineficácia para a diminuição dos crimes: tratava-se de uma pena inadequada para uma “civilização” que se pretendia “christã” (ALVES Jr., 1864, p. 197; PESSOA, 1885, p. 104, p. 107-108). O desenvolvimento do sistema prisional deveria possibilitar a abolição da pena de morte (ALVES Jr., 1864, p. 496). Mesmo

aqueles que aceitavam a legitimidade em si da pena de morte, concordavam que o código criminal de 1830 tinha feito muito bem em limitar o número de cominações em relação ao velho livro V das Ordenações e que era um bom augúrio que no futuro ela pudesse ser abolida (PERDIGÃO, 1873b, p. 79; 1882, p. 233-235). De fato, o potencial crítico da noção de “civilização” diminuía em discursos como o de Bandeira Filho (1881, p. 32), em que ele era usado de maneira relativista, ou seja, existiriam penas adequadas para cada nível de “civilização” – e o Brasil ainda estava, por assim dizer, “no meio do caminho”. De qualquer forma, a previsão da pena de morte não deveria “representar o estado definitivo de uma legislação” (BANDEIRA FILHO, 1881, p. 34). O que vemos, portanto, é a manutenção de uma espécie de tensão entre atualidade e o devir, condição necessária para que o próprio posicionamento do jurista se torne possível enquanto autor de um discurso jurídico-penal, o que nos afasta da ideia de um discurso de mera aceitação ou subordinado sem mais à legislação vigente.

Algo semelhante acontecia em relação à pena de galés. Uma pena considerada aviltante, e, por isso, não só ineficaz para a correção do condenado (ALVES Jr., 1864, p. 99), como também um empecilho para a realização desse objetivo. Em suma, uma pena indigna dos patamares “civilizatórios” que o Brasil pretendia ocupar.

Resta abordar a pena de açoites e a questão da escravidão, que atravessava, também, a pena de morte e a pena de galés. Os escravos estavam submetidos àquilo que o historiador do Direito Mario Sbriccoli chamaria de “duplo nível de legalidade”. Segundo Sbriccoli (2009c), em um ordenamento jurídico-penal, existem variações nos níveis de garantia, de respeito aos direitos, de amplitude do direito de punir etc. Variações que englobam diferenças entre código e legislação especial; entre lei e práticas policiais; e, também, no interior de um mesmo código. Sem nem entrar na questão da lei excepcional de 6 de junho de 1835¹⁸, é possível dizer que existe um duplo nível de legalidade que opera no interior do

18 – Para isso, basta remeter ao completo trabalho de João Luiz Ribeiro (2005).

próprio código de 1830 em função do art. 60 sobre os açoites e do artigo que prevê a pena capital para os cabeças de insurreições de escravos, o único caso no interior do capítulo sobre crimes políticos. Como já alertou o historiador do Direito Massimo Meccarelli (2011), tal dinâmica é inerente ao direito penal moderno. Ou seja, o mecanismo em si não deve ser visto como uma justaposição entre um ideal liberal e uma realidade – escravocrata – incompatível com esse ideal. A incompatibilidade entre escravidão e um Direito Penal civilizado opera em outro nível.

Não seria de se esperar posicionamentos sobre a escravidão nos textos jurídico-penais aqui analisados em função da fronteira que, em tese, separa o Direito Civil do Direito penal. Porém, ainda sim, o regime penal excepcional aplicado aos escravos suscitava a questão. As posições dos juristas analisados oscilavam entre o reconhecimento do cativo como um dado de fato da realidade brasileira, reconhecimento sempre feito em tom de lamento ou mesmo de denúncia, mas sem que o discurso conseguisse, também, deslegitimar diretamente o regime penal excepcional dos escravos; e, mais raramente e mais tardiamente, o empenho cívico de Direito Civil pela abolição da escravidão pôde se encontrar com o empenho cívico de Direito Penal pela abolição de penas consideradas “bárbaras”.

No primeiro tipo de posicionamento, é possível encontrar juristas claramente contrários à escravidão, mas que, em função da existência de fato dela, não só aceitavam o regime excepcional, como propunham o agravamento, por exemplo, da execução da pena de galés que, para os escravos, se não fosse suficientemente rigoroso, poderia parecer uma verdadeira “carta de alforria” (TOLEDO, 1878, p. 540; BANDEIRA FILHO, 1881, p. 195). Sobre os açoites, Thomaz Alves Júnior (1864, p. 121) mobilizava uma categoria já utilizada, também, em tom de denúncia pelo civilista Teixeira de Freitas ao dizer que esse tipo de pena deveria constar “nas páginas do livro negro”¹⁹.

19 – Jurandir Malerba (1994, p. 140) dizia que “[h]omens havia, dentro do segmento letrado da classe escravista, que não toleravam o cativo. Mas eram exceções a uma mentalidade dominante”. O problema é que, em outro trecho do mesmo livro, Malerba (1994, p. 38. grifo meu) afirmou que “[a] maioria dos autores ataca a escravidão, mas justifica o açoite em função dela”. Isso é sinal não de uma homogênea mentalidade escravista,

No segundo tipo, encontramos, por exemplo, Agostinho Marques Perdigão Malheiro (2008, p. 36-37) que, sobre a pena de morte no crime de insurreição, invertia o ponto de partida do discurso e denunciava que era o próprio cativeiro que estimulava as revoltas escravas, o que trazia como consequência uma resposta penal baseada na “incivilizada” pena de morte. Apesar do discurso da “consequência necessária”, o tom era de deslegitimação que atingia as duas frentes, a escravidão em si e o regime penal excepcional aplicado aos escravos. Também no segundo tipo podemos classificar um pequeno artigo de 1874 do jurista Carlos Perdigão, que é um verdadeiro manifesto contra a pena de açoites. Ao contrário dos juristas que subscreviam a ideia segundo a qual o dispositivo da Constituição de 1824 que tinha abolido os açoites – “[d]esde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis” (art. 179, inc. XIX) – não abarcava os escravos (SOUZA, 1858, p. 32), Perdigão (1874, p. 445) denunciava o choque entre o art. 60 do código criminal e a Constituição. Além disso, segundo ele, o caráter infamante dos açoites prejudicariam o empenho pela abolição, que já existia na época, porque a infâmia atrapalharia a inserção social dos escravos como indivíduos iguais (PERDIGÃO, 1874, p. 442 e p. 446). A abolição dos açoites – e da escravidão – permitiria que o Brasil dissesse ao “mundo admirado”: “[j]á não somos a exceção única á civilização christã!” (PERDIGÃO, 1874, p. 446).

SOBRE O CÓDIGO PENAL DE 1890: A “UNICIDADE DE PENA”

como pretende Malerba, mas de uma fissura. E o problema não parece ser de ênfase nos juristas que são regra ou exceção – questão quantitativa que ainda não se colocou para esta pesquisa – mas de lentes de análise propriamente, pois, em outro trecho, Malerba (1994, p. 40) afirma que o mesmo Thomaz Alves Júnior que estamos aqui analisando seria “um ideal-tipo de mentalidade escravista”, e, logo depois (MALERBA, 1994, p. 40), cita um trecho de Alves Jr. em que ele considera a escravidão um “facto que desgraçadamente existe entre nós”. Thomaz Alves Júnior, efetivamente, posicionou-se contra a escravidão e concordou que não era possível aplicar a pena de prisão com trabalho aos escravos, mas isso só revela os limites daquele gênero literário-jurídico para deslegitimar ou legitimar a escravidão. O caráter “mordaz” da lógica empregada por Alves Jr. (MALERBA, 1994, p. 40) revela as fissuras do escravismo, e não um “ideal-tipo da mentalidade escravista”. “Mordaz” era a escravidão e o regime penal excepcional que a acompanhava.

No código penal de 1890, evidentemente, já não temos o regime penal excepcional aplicado aos escravos. Já tinham sido abolidos antes da promulgação do código a pena de açoites (1886), e a de galés (1890), e a de morte já não vinha sendo aplicada desde 1876 (RIBEIRO, 2005, p. 306). O governo provisório republicano também se antecipou ao código ao reduzir as penas perpétuas a 30 anos no mesmo decreto de setembro de 1890 que aboliu a pena de galés. O art. 43 do código penal de 1890 lista oito tipos de pena, das quais quatro são carcerárias: “prisão celular”; “reclusão”; “prisão com trabalho obrigatório”; e “prisão disciplinar”²⁰. As outras penas eram: “banimento”; “interdicção”; “suspensão e perda do emprego publico, com ou sem inhabilitação para exercer outro”; e “multa”. O banimento só foi cominado para um tipo penal contra a vontade do autor do código, João Baptista Pereira²¹, mas a Constituição de 1891 (art. 72, parágrafo 20) logo tratou de abolir essa pena. A deportação para estrangeiros vagabundos ou capoeiras (arts. 400 e 403) aparece na parte especial, mas não foi listada no art. 43. A “interdicção” é listada como pena, mas não foi cominada de maneira autônoma nenhuma vez²² e é prevista em um dispositivo geral como um acréscimo a toda pena de prisão celular superior a seis anos (art. 55).

Em termos numéricos, em um cálculo aproximado, pois o sistema do código de 1890 não é tão claro como o de 1830 com os seus três graus rigidamente definidos (entre outros motivos), as penas carcerárias ultrapas-

20 – As diferenças entre os tipos de penas carcerárias diziam respeito, principalmente, ao tipo de estabelecimento utilizado: prisão celular, “estabelecimento especial”, em que fosse possível o trabalho e o isolamento celular (art. 45); reclusão, “fortalezas, praças de guerra, ou estabelecimentos militares” (art. 47); prisão com trabalho, “penitenciárias agrícolas, para esse fim destinadas, ou em presídios militares” (art. 48); prisão disciplinar, “estabelecimentos industriaes especiaes, onde serão recolhidos os menores até á idade de 21 annos.”

21 – Para os detalhes e fontes acerca do processo de formação do código penal de 1890, cf. Sontag (2014, p. 127-252).

22 – Eis, aliás, um dos equívocos da tabela de penas autônomas do código penal de 1890 já proposta em Sontag (2014, p. 186). O mesmo ocorre com a perda do poder marital e outras limitações ao exercício de direitos que, também, não foram cominadas de maneira autônoma, ao contrário do que consta na tabela (SONTAG, 2014, p. 187). De qualquer forma, tais pequenas correções confirmam a tese geral que a tabela pretendia demonstrar.

sam 60%²³. Parece-me, porém, que o dado numérico mais significativo seja o da diminuição da cominação de penas não carcerárias de maneira autônoma. Morte, galés, desterro e degredo, no código de 1830, não se faziam acompanhar de penas carcerárias, todas penas ausentes do código de 1890. A prisão processual era possível, mas, aí, não estamos falando de pena. A multa era prevista como pena autônoma em 34 hipóteses no código criminal de 1830 aproximadamente 25% do total; enquanto no código de 1890, são 23 cominações, aproximadamente 16% do total. Nas penas de perda e suspensão do emprego (e similares), a queda é ainda maior²⁴.

As diferenças quantitativas elencadas até agora são significativas também por outros dois motivos nada numéricos.

Em primeiro lugar, a previsão de um regime penitenciário no código de 1890, inspirado no sistema progressivo de Walter Crofton, tal como solicitava, em 1880, Bandeira Filho, por exemplo. Além disso, respondendo também a uma ideia que já tinha surgido anteriormente na penalística brasileira, a previsão do livramento condicional²⁵. A lacuna do código de 1830 estava preenchida, o que só seria possível, efetivamente, depois dos experimentos e da circulação de teorias em torno dos regimes penitenciários ao longo do século XIX. Nesse sentido, o código de 1890 é o fim de um percurso e não é por acaso o aprofundamento do carcero-centrismo, que deve ser entendido não só no sentido quantitativo, mas também no qualitativo, isto é, na previsão de um regime penitenciário no próprio código.

23 – Em cálculo já feito anteriormente (SONTAG, 2014, p. 185), o valor foi exatamente 60,55%, mas ele deveria ser um pouco maior porque não parece ser a melhor solução contabilizar a interdição e algumas das privações de exercício de direitos (como a perda do poder marital), que não foram cominadas nenhuma vez de maneira autônoma. Da mesma forma, tais pequenas correções tendem a reforçar a tese geral que a referida contabilização pretendia sustentar.

24 – Com as ressalvas já feitas em nota anterior, cf. a tabela completa em Sontag (2014, p. 186-187).

25 – O problema é que o dispositivo do código penal era demasiado genérico e carecia de regulamentação, o que só viria a acontecer com o decreto nº 16.665, de 6 de maio de 1924. Sobre o livramento condicional, os debates em torno dele e o seu significado histórico-jurídico naqueles anos, cf. o trabalho do historiador do direito Rafael Mafei Rabelo Queiroz (2007).

Por fim, a percepção dos personagens da época acerca das diferenças entre o código de 1830 e o de 1890. João Baptista Pereira, na sua tentativa de legitimar a substituição do código de 1830, que estava sendo questionada por juristas da época, como João Vieira de Araújo²⁶, mobilizou como ponto-chave da reforma exatamente a necessidade de unificar o sistema de penas do código prioritariamente nas penas carcerárias e de prever um regime penitenciário para a aplicação delas:

A grande novidade da revisão de 1890 é a unicidade de pena, cujo typo é a prisão celllular, 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 efficaz e mais protector, que vinha inaugurar na história da legislação criminal pátria uma era nova. (PEREIRA, 1898, p. 265. Grifo meu).

De fato, substituir um código não é uma reforma qualquer²⁷. Somente uma transformação significativa é capaz de justificar um esforço do gênero, e a principal justificativa de Baptista Pereira estava na questão

26 – Para mais detalhes sobre esse debate, cf. Sontag (2014).

27 – Apesar de todas as divergências no âmbito da história das codificações acerca do melhor modo de caracterizar a ideia moderna de código, parece suficientemente claro que uma codificação só se justifica na medida em que traz em si uma carga de ruptura significativa. Mario Viora (1967) teorizou a diferença entre uma consolidação e uma codificação nestes termos: uma consolidação, tendencialmente, não propõe conteúdo normativo novo, enquanto uma codificação sim. Muito debate já ocorreu em torno da concepção vioriana – sobre isso, é possível remeter à bela síntese de Cappellini (2007), que, também, propõe a sua própria chave de leitura – mas alguma dimensão de ruptura sempre é mencionada nas abordagens historiográfico-jurídicas acerca das codificações modernas.

penitenciária. Apontando o mesmo fato, mas com uma valoração inversa, temos o exemplo de Eduardo Teixeira de Carvalho Durão que, sob o pseudônimo “Solus”, publicou em 1891 uma série de artigos criticando duramente o código de 1890. No que diz respeito ao sistema de penas, ele dizia:

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 cellular, para todos os delictos e transgressões de policia, 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. Grifos meus)

Infelizmente, Carvalho Durão não chega a dizer quais outros “medicamentos” ele desejaria encontrar na legislação. Além da prisão celular, existiam mais três tipos de penas carcerárias, mas, de fato, dentre elas, o próprio Baptista Pereira colocava a prisão celular como a chave do sistema. O que eu gostaria de enfatizar, porém, prescinde de tais distinções: o que importa é que o giro carcerocêntrico no sistema de penas promovido pelo código de 1890 não passou despercebido na época.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A série documental sobre a relação entre juristas e penas de prisão entre 1830 e 1890 ainda pode aumentar, o tema é aparentemente muito conhecido, mas as abordagens histórico-jurídicas bem documentadas não são tantas assim. De qualquer forma, desde já algumas linhas de interpretação parecem suficientemente defensáveis.

Inserir o código criminal de 1830 no quadro mais amplo do percurso da questão penitenciária no século XIX, chegando ao código penal de 1890, nos permite enxergá-lo como o primeiro passo de um processo. Da impossibilidade de definir um regime penitenciário a um momento em

que tal definiçãourgia. Da multiplicidade das penas, que ainda marcava o código criminal de 1830, a um sistema de penas muito mais centrado nas penas carcerárias. O código penal de 1890 como o fruto da “questão penitenciária” que se impôs ao longo do século XIX.

Considerar o encarceramento a pena “civilizada” por excelência significava, para vários dos juristas da época imperial, criticar, principalmente, a pena de morte, as galés e os açoites. O potencial crítico da noção de “civilização” poderia variar de acordo com a postura assumida pelo discurso jurídico diante dos regimes excepcionais, em particular no que diz respeito ao escravo, mas o significado do que deveria ser um direito penal “civilizado” demonstrou-se bastante estável entre todos os juristas analisados.

Ao longo da Primeira República, entre aqueles que procuravam mitigar os defeitos do código de 1890, emergiu o argumento das insuficiências estruturais do sistema prisional brasileiro para realizar os dispositivos legais acerca do regime penitenciário. Mais uma vez, a sombra dos problemas infraestruturais que acompanharam a questão penitenciária no Brasil também durante o Império. Com exceção de algumas poucas vozes dissonantes que apostavam em novas formas de degredo interno²⁸, a confiança na pena de prisão não parece ter sido significativamente abalada, até o momento em que a reforma de 1984 experimentou as “penas alternativas”, que, ao que parece, não foram capazes de deter o encarceramento em massa e suas mazelas. Aliás, talvez hoje tenhamos motivos para dar algum crédito àqueles que já não enxergam os problemas da pena de prisão como contornáveis problemas de aplicação.

Além disso, se o carcerocentrismo do código penal de 1890 assinala um momento de abolição de alguns regimes excepcionais no interior do próprio código, outros tipos de regimes de exceção continuaram a existir, se transformaram, se expandiram ou surgiram. Sem nem tocar no problema das práticas policiais – objeto, hoje, de graves denúncias e de áspersos antagonismos na opinião pública –, bastaria indicar, para ficar na Primei-

28 – É o caso da teoria de Ataliba Nogueira (1938).

ra República, o regime de repressão política aos estrangeiros através da expulsão, cujo nível de garantia, especialmente processual, era bem mais baixo²⁹, para não falar da pena de morte e dos castigos corporais no Direito Penal militar.

O empenho pela civilização do Direito Penal não chegou a constituir, nem a ser constitutiva de, uma penalística específica, como na Itália de Francesco Carrara, mas uma espécie de “empenho cívico difuso” impediu que os textos de Direito Penal do Brasil imperial ficassem completamente reduzidos a um papel ancilar de práticas punitivas, que, no imaginário da época, não se afeiçoavam completamente a uma sociedade que se pretendia “civilizada”.

Referências bibliográficas

AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina. In: MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz (orgs.). *História das prisões no Brasil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luís Antônio F. A sociedade e a lei: o código penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. *Justiça & História*, vol. 3, n. 6, 2003.

ALVES Jr., Thomaz. *Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864.

BAKHTIN, Mikhail. Os gêneros do discurso. In: _____. *Estética da criação verbal*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BANDEIRA FILHO, Antônio Herculano de Souza. A questão penitenciária no Brasil. *O Direito*: revista mensal de doutrina, legislação e jurisprudência, 25º vol. mai-ago 1881.

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

BRASIL. *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm Acesso em: 15/1/2016.

BRASIL. *Lei n. 3.310 de 15 de outubro de 1886*. Revoga o art. 60 do Codi-

29 – Cf. a dissertação de Guerra (2012), e, focando especificamente o Direito Penal, cf. a tese de Nunes (2014, p. 60-74).

go Criminal e a Lei n. 4 de 10 de Junho de 1835, na parte em que impoem a pena de açoutes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM3310.htm. Acesso em: 1/2/2016.

BRASIL. *Decreto n. 774 de 20 de setembro de 1890*. Declara abolida a pena de galés, reduz a 30 annos as penas perpetuas, manda computar a prisão preventiva na execução, e estabelece a prescrição das penas. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-774-20-setembro-1890-517659-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 2/2/2016.

BRASIL. *Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890*. Promulga o código penal. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 1/2/2016.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 4/2/2016.

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>. Acesso em: 5/2/2015.

CAPPELLINI, Paolo. Codici. In: FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). *Lo Stato Moderno in Europa*. 8ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2007.

COSTA, Pietro. O princípio de legalidade: um campo de tensão na modernidade penal. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

COSTA, Vivian Chieregati. *Codificação e formação do Estado-nacional brasileiro: o código criminal de 1830 e a positivação das leis no pós-independência*. 2013. 361 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Estudos Brasileiros, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

FILGUEIRAS Jr., Araújo. *Código Criminal do Império do Brasil anotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Laemmert, 1876.

IORELLI, Piero. Ergastolo (storia). In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XV (Entr-Esto). Milano: Giuffrè, 1966.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

FRANCE. *Code Pénal de 1810*. Disponível em: http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_de_1810.htm. Acesso em: 20/1/2016

FRANCE. *Code Pénal du 26 septembre – 6 octobre 1791*. Disponível em: http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_pe

nal_25_09_1791.htm. Acesso em: 20/1/2016.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. Florianópolis: Boiteux, 2007a.

GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007b.

GRINBERG, Keila. Código Criminal. In: VAINFAS, Ronaldo (dir.). *Dicionário do Brasil Imperial (1822-1889)*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.

GUERRA, Maria Pia dos Santos Lima. *Anarquistas, trabalhadores, estrangeiros: a construção do constitucionalismo brasileiro na Primeira República*. 2012. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

HESPANHA, António Manuel. *Como os juristas viam o mundo. 1550-1750: direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes*. Lisboa, 2015.

ISER, Wolfgang. *L'atto della lettura: una teoria della risposta estetica*. Tradução de Rodolfo Granaftei. Bologna: Il Mulino, 1987.

KOERNER, Andrei. Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX. *Lua Nova*, vol. 68, 2006.

LACCHÈ, Luigi. Un code pénal pour l'Unité italienne: le code Zanardelli (1889) – La genèse, le débat, le projet juridique. *Sequência* (UFSC), vol. 35, n. 68, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p37/26944>. Acesso em: 26/1/2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história – lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz (orgs.). *História das prisões no Brasil*. 2 vols. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MALERBA, Jurandir. *Os brancos da lei: liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Império do Brasil*. Maringá: EdUEM, 1994.

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil*. Ensaio histórico-jurídico-social. Parte 1ª (jurídica). Direito sobre os escravos e os libertos [1866]. Ebooks Brasil, 2008. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/ado-beebook/malheiros1.pdf>. Acesso em: 30/1/2016.

MECCARELLI, Massimo. Regimes jurídicos de exceção e sistema penal: mudanças de paradigma entre Idade Moderna e Contemporânea. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*. As origens do sis-

- tema penitenciário (sécs. XVI-XIX). 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MOTTA, Manoel Barros da. *Crítica da razão punitiva*. Nascimento da prisão no Brasil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- NETO, Zahidé Machado. *Direito penal e estrutura social*. Comentário sociológico ao código criminal de 1830. São Paulo: Saraiva, 1977.
- NOGUEIRA, Ataliba. *Pena sem prisão*. Rio de Janeiro: Coelho Branco editor, 1938.
- NORONHA, Fabrícia Rúbia G. S. O império dos indesejáveis: uma análise do degredo e da punição no Brasil Império. *Em tempo de histórias*, n. 8, 2004.
- NUNES, Diego. *Le “irrequietas leis de segurança nacional”*. Sistema penal e repressão del dissenso politico nel Brasile dell’Estado Novo (1937-1945). 2014. Tese (Doutorado em História do Direito) – Doutorado em Ciências Jurídicas, Università degli studi di Macerata, Macerata, 2014. Disponível em: http://ecum.unicam.it/796/1/Diego_Nunes_tesi_Leis_de_seguran%C3%A7a_nacional_UniMC.pdf. Acesso em: 4/2/2016.
- PERDIGÃO, Carlos. Regimen das prisões. *Gazeta Jurídica*: revista mensal de doutrina, jurisprudência e legislação, vol. 1, jul-dez 1873.
- PERDIGÃO, Carlos. Pena de morte. *Gazeta Jurídica*: revista mensal de doutrina, jurisprudência e legislação, vol. 1, jul-dez 1873b.
- PERDIGÃO, Carlos. A pena infamante de açoutes. *Gazeta Jurídica*: revista mensal de doutrina, jurisprudência e legislação, vol. 4, jul. 1874.
- PERDIGÃO, Carlos. *Manual do código penal brasileiro*. Estudos syntheticos e praticos. Tomo primeiro. Rio de Janeiro: Garnier, 1882.
- PEREIRA, João Baptista. O código penal de 1890: notas históricas (partes I – VIII). *Revista de Jurisprudência*, vol. II, 1898.
- PERROT, Michelle (sous la direction de). *L’Impossible Prison: recherches sur le système pénitentiaire au XIXe siècle*. Paris: Seuil, 1980.
- PESSOA, Gláucia Thomaz de Aquino. Código Criminal [verbete] [9 de maio de 2014]. In: CABRAL, Dilma (org.). *Dicionário da Administração Pública Brasileira Online – Período Imperial*. Disponível em: <http://linux.an.gov.br/mapa/?p=5538>. Acesso em: 16/04/2016.
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *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, 2007.
- RIBEIRO, João Luiz. *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, 2005.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SBRICCOLI, Mario. Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Scritti editi ed inediti. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 2009a.

SBRICCOLI, Mario. La storia, il diritto, la prigionia. Appunti per una discussione sull'opera di Michel Foucault. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Scritti editi ed inediti. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 2009b.

SBRICCOLI, Mario. Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990). In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Scritti editi ed inediti. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 2009c.

SBRICCOLI, Mario. Penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Scritti editi ed inediti. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 2009d.

SILVA, Josino do Nascimento. *Código criminal do Imperio do Brasil augmentado com as leis, [etc.]*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1862.

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

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

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Código criminal do Imperio do Brasil anotado*. Nova edição. Recife: Typographia Universal, 1858.

TEIXEIRA, Luiz Joaquim Duque Estrada. *Pena de multa com todas as questões theoreticas e praticas a que podem dar logar os artigos 55, 56 e 57 do Código Criminal*. Theses e dissertação que para obter o grau de doutor defendeu Luiz Joaquim Duque Estrada Teixeira, bacharel formado em Sciencias Sociaes e Juridicas pela faculdade de Direito de S. Paulo. São Paulo: Typographia Litteraria, 1859.

TOLEDO, Manoel Dias de. *Lições académicas sobre artigos do código criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1878.

TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Imperio do Brasil anotado*. Rio de Janeiro: Imprensa Industrial, 1886.

TRIPOLI, César. *História do direito brasileiro* (Ensaio). Volume II (época imperial), Tomo I (1808-1840). São Paulo: [s.n.], 1947.

VIORA, Mario E. *Consolidazioni e codificazioni*: contributo alla storia della codificazione. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1967.

Texto apresentado em abril/2016. Aprovado para publicação em maio/2016.