

MINORIAS DE SEGUNDA GERAÇÃO

Uma História dos Egressos no Sistema Criminal Brasileiro Como Defesa da Garantia Fundamental Constitucional de Ressocialização



**MINORIAS DE SEGUNDA GERAÇÃO:
UMA HISTÓRIA DOS EGRESSOS NO SISTEMA CRIMINAL
BRASILEIRO COMO DEFESA DA GARANTIA FUNDAMENTAL
CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO**

JOSÉ ROBERTO FANI TAMBASCO

**Editora da Universidade de Vassouras
2024**

© 2024

Presidente da Fundação Educacional Severino Sombra (FUSVE)

Adm. Gustavo de Oliveira Amaral

Reitor

Prof. Dr. Marco Antônio Soares de Souza

Pró-Reitor de Pesquisa e Inovação Tecnológica

Prof. Dr. Carlos Eduardo Cardoso

Editora-Chefe das Revistas Online da Universidade de Vassouras

Profa. Lígia Marcondes Rodrigues dos Santos

Editora Executiva Produções Técnicas da Universidade de Vassouras

Profa. Dra. Paloma Martins Mendonça

Modo de acesso: <https://editora.univassouras.edu.br/index.php/PT/article/view/4853>

M6668

Minorias de segunda geração: uma história dos egressos no sistema criminal brasileiro como defesa da garantia fundamental constitucional de ressocialização. / Organizado por: José Roberto Fani Tambasco – Vassouras, RJ : Universidade de Vassouras, 2024.
159 f.

ISBN: 978-85-88187-67-2

1. Direitos humanos. 2. Sociologia. 3. Direito - História. I. Tambasco, José Roberto Fani. II. Universidade de Vassouras. I. Título.

Sistema Gerador de Ficha Catalográfica Online – Universidade de Vassouras

Todos os direitos reservados. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e que não seja para venda ou qualquer fim comercial. O texto é de responsabilidade de seus autores. As informações nele contidas, bem como as opiniões emitidas, não representam pontos de vista da Universidade de Vassouras.

Prefácio

É com enorme satisfação que apresento a obra *Minorias de Segunda Geração: uma História dos Egressos no Sistema Criminal Brasileiro como Defesa da Garantia Fundamental Constitucional de Ressocialização*, do estimado amigo e jurista José Roberto Fani Tambasco.

O autor é defensor público federal com mais de três décadas de experiência no sistema penitenciário do Rio de Janeiro, traz uma perspectiva única e profunda sobre o assunto. Sua vivência prática, desde os primeiros anos de atuação nas penitenciárias até seu pioneirismo em prestar assistência jurídica em presídios de segurança máxima, enriquece a análise teórica com uma compreensão humanista e empírica das realidades carcerárias.

Este livro é resultado de uma tese de doutoramento defendida na Universidad del Museo Social Argentino – UMSA. A obra aborda a ressocialização das pessoas egressas no sistema penitenciário brasileiro, defendendo a necessidade de uma inovação normativa para assegurar a sua reintegração à sociedade. Mesmo após uma década, a relevância deste trabalho persiste como uma contribuição vital para a necessária inovação normativa do nosso ordenamento penitenciário.

A Defensoria Pública enquanto Instituição Constitucional de Defesa tem por missão fundamental defender e promover direitos humanos. Nesse contexto, a atuação no âmbito penal se concretiza não somente durante a tramitação da ação penal, mas também na formulação de políticas públicas, no acompanhamento da execução das medidas de privação de liberdade e cumprimento de sentenças condenatórias, na fiscalização do cumprimento das normas e garantias para o adequado cumprimento dessas decisões e, especialmente, para a ressocialização das pessoas privadas de liberdade.

A pesquisa considera a construção de uma nova definição constitucional para a ressocialização, argumentando que, ao término da execução da pena, é essencial que as pessoas egressas estejam preparados para retornar ao convívio comunitário.

A ressocialização não é apenas uma função da pena, mas um direito fundamental. Inicia-se com uma análise histórica da utilização de pessoas condenadas na estrutura colonial, passando pela contribuição dos povos africanos e indígenas ao sistema jurídico brasileiro. A obra discute como, ao longo dos séculos, a política penal brasileira evoluiu de um sistema de pura punição para um modelo que, embora ainda falho, busca incorporar elementos de ressocialização e dignidade humana.

Um dos pontos centrais do livro é a crítica ao método atual de análise da pena, que muitas vezes negligencia a ressocialização como um direito constitucional. O autor argumenta que a ressocialização deve ser reconhecida como um direito subjetivo fundamental, situado entre os direitos humanos garantidos pela Constituição Federal. Este reconhecimento é crucial para transformar a ressocialização de uma teoria abstrata em uma prática efetiva que possa reverter o ciclo vicioso de reincidência criminal.

Tambasco também aborda a complexa relação entre o sistema penitenciário e as minorias raciais, étnicas e sociais. Ele destaca que as pessoas privadas de liberdade, em sua maioria oriundas dessas minorias, enfrentam barreiras significativas tanto dentro das prisões quanto na tentativa de reintegração à sociedade. O autor propõe que a ressocialização seja tratada como uma prioridade normativa, com políticas públicas que ofereçam suporte real e eficaz para a reinserção social dos egressos.

O livro busca apresentar subsídios históricos, sociológicos, filosóficos e jurídicos para que a sociedade possa discutir a abrangência e o conteúdo do direito humano à ressocialização.

A evolução do conceito de ressocialização e a importância de tratar das pessoas egressas como sujeitos de direitos, impõe o afastamento da prática discricionária do Estado que ainda impera no sistema prisional brasileiro. A ressocialização, assim, não é apenas mais um elemento teórico no atual “estado de coisas inconstitucionais”, mas um direito plenamente eficaz.

A obra “Minorias de Segunda Geração” oferece uma visão abrangente e crítica do sistema penitenciário brasileiro, destacando a necessidade urgente de reformas que reconheçam e promovam a ressocialização como um direito fundamental. Este livro é uma chamada à ação para juristas, legisladores e toda a sociedade, enfatizando que somente através do reconhecimento e implementação efetiva desse direito poderemos construir um sistema penitenciário mais justo e humano.

Leonardo Cardoso de Magalhaes

Defensor Público-Geral Federal

APRESENTAÇÃO

Este livro é o resultado de nossa tese de doutorado defendida na Universidad del Museo Social Argentino – UMSA, a qual, mesmo passada uma década, ainda nos parece relevante como contribuição para promover uma necessária inovação normativa em nosso ordenamento penitenciário. Razão pela qual foi traduzida tanto do espanhol como do “juridiquês” e editada sem as formalidades das peças acadêmicas, tendo sido, também, atualizada por meio de algumas inserções pontuais, já que, desde então, pouco se modificou no caos do sistema penitenciário brasileiro.

Advogado formado em 1991, estagiário em escritórios de advocacia desde 1989, conhecedor das prisões do sul fluminense, algumas verdadeiras masmorras medievais, iniciei-me no sistema penitenciário do Estado do Rio de Janeiro já no início de 1992. Minha primeira incursão ocorreu em uma manhã fria e chuvosa de domingo na penitenciária feminina Talavera Bruce no complexo prisional de Bangu. Em frente ao portão principal ouvia-se o choro agudo e constante dos filhos das detentas, que até os seis meses ficavam na creche do presídio e pareciam pressentir o afastamento premente de suas mães, próximo de mim as pessoas se aglomeravam para ver, admirar e ouvir Leopoldo Heitor, o famoso “advogado do diabo”, uma lenda da advocacia carioca desde os anos 1950.

Diante daquele enorme portão me senti inseguro, despreparado..., mas o destino já estava traçado, e assim já se passaram mais de trinta anos por outros inúmeros portões: como advogado nas penitenciárias do Rio de Janeiro, e como defensor público federal na penitenciária de Água Santa onde ficavam os presos federais; tendo sido o primeiro a prestar assistência jurídica no único presídio militar do Brasil localizado na Ilha das Cobras, Rio de Janeiro (2004/05) e também na primeira penitenciária federal de segurança máxima inaugurada em Catanduvas, Paraná (2006)¹.

Nestes muitos anos aprendemos, com muita humildade, que o essencial não eram os processos e suas decisões, mas sim as pessoas e suas histórias de vida, às quais sempre prestamos o devido suporte de fraternidade e sobretudo o respeito necessário para que pudessem acreditar na construção de uma nova história².

Os prisioneiros, protagonistas destas tristes histórias, regra geral egressos das minorias

1. <https://www.bemparana.com.br/noticias/parana/presos-fazem-pedidos-por-meio-da-defensoria11368/> (acesso em 06\12\2023)

2. Mateus 25:36 “necessitei de roupas, e vocês me vestiram; estive enfermo, e vocês cuidaram de mim; estive preso, e vocês me visitaram”

raciais, étnicas e sociais de nossa sociedade, apesar de todo o esforço de suas famílias para que se afastem do ciclo de criminalidade não encontram uma estrutura sólida que lhes permita sua (re)inserção social, pois nos seus caminhos se deparam com as necessárias estratégias de sobrevivência nas cadeias e mesmo quando voltam (ou são jogados) às ruas não encontram trabalho, a não ser nas redes de marginalidade que se expandem para acolher estas massas que formam verdadeiras *minorias de segunda geração*, deliberadamente discriminadas por nossa sociedade.

Nosso sistema penitenciário nem sempre viveu neste fosso social introduzido pelo cientificismo filosófico do século XIX. Pois na história do Brasil sempre houve dispositivos de agregação social disponibilizados aos apenados, razões pelas quais não podemos aceitar este paradigma hodierno de descartabilidade humana com o qual regra geral são tratados os egressos do sistema penitenciário.

Procuramos, em síntese de nosso trabalho, utilizando de nosso conhecimento prático e de nossos esforços acadêmicos, apresentarmos subsídios históricos, sociológicos, filosóficos e jurídicos para que a sociedade possa discutir a introdução da ressocialização dos egressos como direito fundamental no rol dos incisos do artigo quinto da Constituição Federal, onde já se encontram dispostos os direitos fundamentais dos presos e condenados.

Restando-nos, por nossos compromissos constitucionais com a igualdade e a dignidade humana, nos esforçarmos para que esta nova perspectiva de direito, se reconhecida pela via normativa como fundamental, não venha a ser somente mais um elemento teórico na esfera do atual “estado de coisas inconstitucionais” que impera em nosso sistema prisional.

Sumário

1 . Introdução.....	10
1.1 Considerações preliminares.	10
1.2 Razões da escolha do tema.....	10
1.3 Do plano da obra	11
2 A finalidade da pena para os velhos habitantes do novo mundo	13
2.1 Elementos históricos	13
2.2 Elementos da organização social.....	16
2.3. Sobre a desigualdade jurídica e social.....	20
3 A Primeira fase do período Colonial	22
3.1 Da legislação portuguesa.....	23
3.2 A lei do Capitão	26
3.3 O interesse colonizador como fonte de lei.....	27
3.4 A desigualdade como fonte de lei	34
4 Da contribuição dos povos africanos ao sistema prisional brasileiro.	37
4.1 O engenho como organização social	37
4.2 A escravidão como relação social	38
4.3 Os povos negros como fonte de direitos.....	41
4.4 O estado do direito europeu	45
4.5 O incipiente sistema prisional	46
4.6. As punições extremas	50
4.7 A efetiva relação do sistema penal face à escravidão	55
5. Um sistema prisional em formação.	56
5.1 A mineração como sistema social	56
5.2. As prisões no Rio de Janeiro.....	57
5.3 Das relações do Estado com seus presos.....	60
5.4 A caridade religiosa e os presos pobres	62
5.5 O iluminismo na ideologia do sistema punitivo.....	65
5.6 O surgimento do sistema prisional na riqueza das Minas Gerais.....	68
5.7. As irmandades religiosas mineiras e os presos pobres	73
6. Da escravidão à Casa de Correção.....	78
6.1 O café como sistema de relação social	78
6.2 A família real e a nova ordem prisional.....	80

6.3 A Constituição de 1824	83
6.4 O código criminal de 1830	85
6.5. As relações legais sob o aspecto da igualdade	88
6.6 A primeira “penitenciária”	90
6.7 Situação prisional no Brasil império	96
7 A industrialização e a revolução dos direitos	98
7.1 A república	98
7.2. Do ordenamento republicano	100
7.3. Do sistema prisional republicano	101
7.4 Constituições de 1934 e 1937	104
7.5 O Código Penal de 1940	105
7.6 Constituições de 1946 e 1967	107
7.7 Direito Penitenciário	108
7.8. Constituição de 1988.....	112
7.9 A ressocialização	113
7.9.1 Ressocialização de estrangeiros	117
7.9.2 Ressocialização no direito militar	119
7.9.3 Ressocialização no direito eleitoral.....	120
7.9.4 Ressocialização de presos políticos.....	121
7.9.5 Ressocialização diante da privatização prisional.....	122
8 A Ressocialização: de direito ordinário a direito subjetivo fundamental	124
8.1 Crítica ao método de análise	124
8.2 As finalidades da pena	124
8.3 A evolução do conceito de ressocialização	125
8.4 Os egressos do sistema penitenciário como “minoría”	131
8.5 O Direito fundamental como elemento histórico.....	133
8.6 O Direito fundamental na Carta Magna de 1988.....	135
8.7 Da interpretação do direito como “fundamental”	136
8.8 Do objeto da ressocialização como direito fundamental	140
9. Conclusão.....	142
10. Bibliografia.....	144

1 . Introdução

1.1 Considerações preliminares.

Neste trabalho abordar-se-á a ressocialização dos egressos no sistema penitenciário brasileiro sob a ótica da construção de uma nova definição constitucional de sua natureza normativa dentro do ordenamento legal, partindo-se da premissa de que necessariamente ao final da execução ou do cumprimento da pena ocorre a reinserção dos egressos à sociedade tendo-se como pressuposto que estejam aptos para retomar ao convívio comunitário.

Desenvolver-se-á a concepção inicial da ressocialização dos egressos através de fontes históricas apresentando-se uma relação entre o sistema estatal e os indivíduos que, justa ou injustamente, passaram pelo sistema prisional/penitenciário. Apresentando-se como ponto de recorte inicial a conquista das Américas cotejada face às diversas realidades inerentes aos povos colonizados pelos espanhóis e portugueses.

Exaurida a abordagem descritiva passar-se-á a uma interpretação analítica da formação de seu conceito primário, tanto pelo viés doutrinário como pela interpretação normativa, quando será discutida a hipótese de que a ressocialização dos egressos não é somente uma das funções da pena pois possui natureza de direito constitucional consubstanciada em seus princípios basilares e revelada pela síntese histórica de nosso ordenamento social, afastando-se desta forma sua inserção na execução de âmbito discricionário do Estado, como temos observado na prática prisional, imputando-lhe eficácia imediata no âmbito vinculativo dos direitos fundamentais.

1.2 Razões da escolha do tema

Diante da crise em que se encontra o sistema penitenciário nacional, denominado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 como “estado de coisas inconstitucional”³, que superlota as cadeias e sangra o erário com a constante e imperativa necessidade da construção de novas cadeias para o (re)aprisionamento dos egressos do sistema, que de forma assustadora continuam reincidindo criminalmente sob taxas estimadas entre 46% e 70%⁴, a importância da temática transcende a uma mera busca de soluções de logística

3.Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>; acesso em 06/10/2023

4.Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/dados-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil-apre->

penitenciária ou novas orientações criminológicas, pois nosso atual modelo penitenciário falha crassamente ao não perceber o círculo vicioso que se forma ao negar-se o direito ao egresso à inserção em uma sociedade justa que o acolha como cidadão.

Inúmeros são os trabalhos doutrinários referentes à execução penal assim como são as variantes de abordagens acadêmicas relacionadas à ressocialização dos egressos no sistema penitenciário. No entanto, percebemos em nosso exercício profissional como operador do direito⁵ assim como em nossa revisão bibliográfica, que as abordagens da temática, regra geral, seguem a linha descritiva e explicativa do instituto ressocialização partindo da premissa de que doutrinariamente se configura tão somente como uma das finalidades da pena.

A temática normativa, como regra social em evolução, só pode ser entendida e transformada através da análise conjuntural das ações reflexas no contexto histórico e jurídico que se permeiam por uma interdisciplinaridade entre os elementos do conjunto envolvido, isto posto não há como se compreender sob o prisma da racionalidade democrática um ordenamento estatal dissociado das razões que movem e formam sua nação, ou nações diante da realidade da realidade jurídica dos novíssimos Estados plurinacionais. Cabendo, destarte, aos operadores do direito alcançarem uma ampla compreensão das razões sociais que criaram o espaço moral entre a sociedade e os egressos do sistema penitenciário, transformando esta informação em hipótese de uma nova percepção normativa do princípio natural da igualdade de reinserção social aos egressos factível de ser aceita e implementada de forma positiva nos ordenamentos legais.

1.3 Do plano da obra

Inicialmente abordar-se-á o direito natural inerente aos povos americanos no período de colonização espanhola e portuguesa com ênfase nas relações sociais entre os indivíduos e suas formas de organização social, buscando-se verificar a existência de sistemas prisionais/penitenciários e suas normas regentes, para analisar-se a relação de igualdade societária em contraposição ao conceito de liberdade dos integrantes destas comunidades.

O segundo estudo contemplará a inserção do direito português às condições geográficas e sociais dos anos quinhentos em terras do Brasil, não só quanto à questão

sentam-equivocos/; acesso em 06/10/2023

5. Estagiário de direito atuante desde 1989, com registro inicial na OAB em 1990 e exercício de advocacia contínuo até 2002 quanto tomamos posse como defensor público federal.

da aplicação normativa, mas, sobretudo, quanto as evidências relacionadas à sobrevivência física da sociedade em contraposição a segregação dos condenados enquanto norma de execução penal. Analisando-se a política de Estado baseada na utilização da mão de obra dos condenados na implantação da estrutura do poder, dentro de uma relação em modelo feudal, onde em contrapartida ocorriam remissões de pena e atenuações dos *tormentos*⁶.

No terceiro estudo tratar-se-á da contribuição dos povos africanos ao novo direito gerado pela convivência forçada com os colonizadores portugueses e povos originários, onde afastados compulsoriamente da condição de sujeitos de direito, enquanto pessoas escravizadas, foram inseridos no corpo normativo brasileiro como objetos do direito, ainda que no sistema penal possuíssem atribuição passiva para réus processuais, porém tratados diferenciadamente com a redução de suas prerrogativas de defesa. Quando, então, analisar-se-á o conjunto dos procedimentos implantados no Brasil sob uma percepção diferenciada de sua organização social comunitária e conseqüentes relações de igualdade ainda que sem a disposição essencial da liberdade.

Na quarta parte discorrer-se-á sobre a formação de um sistema prisional pátrio, ainda que sob a égide portuguesa, passando-se pela experiência da construção de uma nova capitania ornada em ouro e moldada nos rígidos poderes da Lei. Sob a análise do sistema prisional da cidade do Rio de Janeiro, a importante sede do poder português desde o século XVI, com suas estruturas físicas arcaicas e suas instituições de apoio aos presos miseráveis trasladadas da *misericórdia* portuguesa. Vislumbrando-se neste arcabouço a importância da religião Católica na formação prisional tanto sob o aspecto das obrigações impostas aos presos tanto sob o aspecto de direcionamento da população das regiões de mineração do ouro para a formação de irmandades religiosas gestoras da rede social de amparo aos pobres submetidos aos regimes das cadeias públicas.

Na quinta parte sob os aspectos do século XIX avaliar-se-á o sistema escravocrata concentrado no sistema econômico do Vale do Rio Paraíba Fluminense por meio do plantio do café em sistema de *plantation* e as conseqüentes relações de poder geradas entre as pessoas escravizadas e seus “senhores”, focando-se sua antítese com a evolução do sistema prisional pela implantação da primeira penitenciária do império brasileiro e o surgimento do pensamento jurídico relativo à evolução da ciência penitenciária.

6. Sofrimento físico causado por algo ou por alguém; tortura. Sensação de aflição constante, de sofrimento; aflição: passar tormentos. Contrário de boa sorte; em que há infortúnio; desgraça.

A fase da industrialização da economia é o tema do sexto tema abordado, quando surge uma nova transformação na força produtiva brasileira, agora república, modificando-se não só as relações do Estado para com seus presos, mas, também, a evolução do pensamento jurídico no que concerne ao sistema prisional. Adentrando-se por fim na apresentação do conceito de ressocialização e sua evolução histórica, analisando-se sua coexistência com o sistema normativo penal atual face às experiências de privatização do sistema penitenciário implantado no Brasil do século XX.

Na sétima e última avaliação temática os dados aferidos na análise da evolução histórica e social brasileira serão cotejados face às normas de direito formadoras de nosso sistema de execução penal, aferindo-se neste conjunto a imperativa preponderância dos direitos naturais do homem sob uma hermenêutica do fim da pena, para que, sob forma de positivação normativa, possa ocorrer seu necessário reconhecimento como direito subjetivo constitucional fundamental.

2 A finalidade da pena para os velhos habitantes do novo mundo

2.1 Elementos históricos

Quando as *nunca de antes* vistas velas das naus dos povos do velho mundo impuseram suas sombras sobre as terras do novo mundo mais do que subjugar fisicamente os velhos habitantes impuseram seus valores sociais a todos os povos originários que encontraram. Valores que ultrapassam as barreiras dos séculos e até hoje mantêm seu império normativo quase absoluto sobre nosso livre discernimento, impedindo-nos na distinção dos valores positivos que possuíamos em tempos remotos face aos que trasladados de diferentes sistemas societários nos foram impostos.

Aos povos de colonização hispânica de nossa América Latina, pelo trotar dos cavalos e pelo troar da pólvora, tendo como exemplo a organização jurídica-social espanhola, restou o modelo de direito penal imposto pelos conquistadores, onde “... *Hasta fines del siglo XVIII, la prisión no llegó a ser considerada como pena y bajo esta idea es que se entiende ne las referencias que sobre la cárcel hacen el fuero juzgo y las leis de estilo, resultando notable la claridad com que la misma idea es afirmada em las Partidas...*” (CAMACHO, 1979, fls.45). Inferindo-se que a existência da pena de prisão como penalidade e não como forma de contenção para que um castigo pudesse

ser infringido posteriormente é uma criação relativamente recente do pensamento eurocêntrico, o que pode ser corroborado por Hans Von Heting, onde constata-se que *“La pena privativa de libertad no tiene una larga historia. Hay antecedentes mecánicos, pero el encierro descansaba entoces em otras razones. Cuando la tortura se usaba aún para averiguar la verdad, las mazmorras de las casas consistoriales y las câmaras de tortura estaban unas al lado de otras, hasta que entregaban su presa humana ao Monte de las Horeas o a las Piedras de los Cuervos...”* (VON HETING, 1967, fls.185).

Concluindo, o mesmo autor, que a utilização generalizada da prisão como penalidade foi uma consequência social do momento histórico onde sobressaia-se a utilização do sistema penal como meio de sustentação do poder político, uma espécie de binômio entre a evolução dos direitos humanos (ainda que não oriundos dos direitos naturais) e a necessidade de segurança social (muito mais da garantia do poder despótico): *“Em la segunda mitad del siglo XVIII el arco de la pena de muerte estaba excesivamente tenso. No habia contenido el aumento de los delitos ni la agravacion de las tensiones sociales, ni tampoco había garantizado la seguridad de las clases superiores. La picota fracasaba frecuentemente tratándose de delitos leves o de casos dignos de gracia, porque la publicidad de la ejecución daba más lugar a la compasión y a la simpatia que al horror. El destierro de las ciudades y las pena corporales habian contriuido al desarrollo de um bandidae sumamente peligoroso, que se extendia com impetuosa rapidez cuando las guerras y la revoluciones habian desacreditado y paralizado a los viejos poderes. La pena privativa de libertad fue el nuevo gran invento social, intimidando siempre, corrigiendo a menudo...”* (VON HETING, 1967, fls.186).

Pedimos vênia para um necessário parêntese para melhor conduzirmos nossas referências temáticas haja visto a diferença terminológica existente entre o espanhol e o português quanto aos termos relacionados ao sistema prisional/penitenciário, esclarecendo definições que daremos uso metodológico nesta pesquisa, mediante uma concisa definição: *“La cárcel vocablo e instituto) precede al presidio, a la prisión y a la penitenciaría que designan específicamente diversos modos de cumplimiento y lugares de ejecución de La sanción privatica de libertad”* (NEUMAN, 1971, fls. 20).

Ainda que em determinado momento o senso comum tenha passado a ser a utilização da prisão como fim da pena esta conclusão restringe-se aos povos com processos culturais similares incluindo-se em momentos sucessivos os povos colonizados pelos instituidores da tardia prática penitenciária. Argumentando-se para tanto que na história da pena de prisão entre os povos de tradição ocidental, herdeiros do legado

do império romano, sobrepõem-se a clássica definição atribuída a Carrara quanto ao direito romano: “gigantes no direito civil e pigmeus no direito penal” (BITENCOURT, 2011, fls. 28), pois somente conheceram o encarceramento com fins de custódia para aplicação de outras penalidades corporais ou de exílio.

Realidade sócio penal que conviveu com a necessária exceção da regra: “Contudo, podem-se encontrar certos resquícios de pena privativa de liberdade fazendo um retrospecto da história em suas diferentes etapas até o século XVIII, quando adquirem relevo as compilações legais da época dos princípios humanísticos de correção e moralização dos delinquentes por meio da pena. Porém, durante vários séculos, a prisão serviu de depósito – contenção e custódia – da pessoa física do réu, que esperava, geralmente em condições sub-humanas, a celebração de sua execução” (BITENCOURT, 2011, fls. 29). Posicionamento doutrinário de uma realidade acadêmica que vem moldando a formação dos juristas há um longo tempo, corroborado plenamente por Neuman (1971, fls. 20): “*La privación o restricción de la libertad estrictamente considerada como sanción penal y su forma de ejecución pertenecen a los modernos métodos de represión de la criminalidad. La Antigüedad la desconoció totalmente, ya que si bien desde tiempos inmemoriales existió el encierro, no lo es menos que sirvió, hasta las postrimerías el siglo XVIII, a los fines de contención y guarda de la persona física del reo*”.

Em nossa realidade pré-colonial haviam sistemas penitenciários que divergiam, ainda que parcialmente do consenso doutrinário, havendo dentro destes modelos apartados do eurocentrismo doutrinário penal herdado dos modelos da cidade antiga, enorme relevância para nosso estudo de um sistema penitenciário desenvolvido no Peru, onde ressalta-se a transcendência do fim social ao mero fim punitivo: “quem furtar cousa de comer ou de vestir, ou prata ou ouro, seja examinado se furtou forçado pela necessidade e pobreza; e se apurar que sim, não seja o tal ladrão castigado, mas a pessoa que tem o cargo de provedor, com privação de ofício, porque não teve cuidado de prover o ladrão do que lhe era mister, nem deu atenção aos necessitados; e ao tal ladrão se lhe dê o que lhe for de mister em roupa e comida e terra e casa, com a admoestação que, se tornar a furtar, morrerá” (AMARAL, 1946, fls. 631).

Outrossim entre tantos outros modelos, também ressaltamos por sua importância como parâmetro ao sistema colonizador, um sistema penitenciário mexicano, bem sintetizado por Gustavo Malo Camacho: “*En el México precortesiano, em los reinos de Acolhuacán, México Y Tacuba, fueron estimados como hechos delitivos prin-*

principalmente: el aborto, el abuso de confianza, la delación, la alcuherteria, la salto, la calumnia, la calumnia judicial, el dano em propiedad ajena, la embriaguez, el estupro, el encubrimiento, el falso testimonio, la falsificación de medidas, la hechicería, el homicidio, el incesto, la malversación de fonos, el peculado, la pederastia, la rina, el robô, la sedicion y la traición, amén de otros delitos particulares cuya configuración se estendia em función de la presencia de determinados factores, como el caso de la prostitución, que em si misma no fue considerada como delito, pero cuando practicada por mujer noble, se transformaba em acción delictuosa. e que a tales delitos lês fueron aplicadas penas de diversa índole, las cuáles consistían, fundamentalmente, em: esclavitud, penas infamantes y corporales, destierro, confiscación de bienes, multa, destitución de función u oficio, pena de muerte, y prision” (CAMACHO, 1979, fls.12). Com relação à reversão da pena de degredo com fins de reinserção social, segundo Luís Amaral: “As cinco tribos de Taumalipas – pacitas, pelões, palmados, telnocos e salineiros – não aplicavam jamais a pena capital: desterravam o criminoso, só readmitido na comunidade quando, e se, perdoado por todos” (AMARAL, 1946, fls. 631).

2.2 Elementos da organização social

No estudo dos povos colonizados pela Espanha, não muito longe, porém em estado cultural diferenciado, encontravam-se os povos originários do Brasil que receberam os navegantes portugueses, os quais viviam sob um estado da lei de Talião⁷, conforme a narrativa de Jean de Léry, viajante francês que viveu no forte de Coligny, na atual cidade do Rio de Janeiro, sob o comando de Villegagnon no ano de 1555: “Se acontece brigarem dois indivíduos (o que é tão raro que durante a minha permanência de quase um ano entre eles só me foi dado presenciar duas vezes) não procuram os outros separá-los ou apaziguá-los; deixam-nos até furarem os olhos mutuamente sem dar palavra. Entretanto se um deles é ferido prendem o ofensor, que recebe dos parentes próximos do ofendido ofensa igual e no mesmo lugar do corpo; e ocorrendo morrer a vítima, os parentes do defunto tiram a vida ao assassino. Em resumo, é vida por vida, olho por olho, dente por dente etc.” (LÉRY, 2007, fls.229).

Observação corroborada pelas narrativas de Hans Staden, viajante alemão que viveu prisioneiro entre os indígenas brasileiros no século XVI: “Quando um índio é morto por

7. Talião, de “talis” – tal – Es uma expresión de origen latino y significa que la sanción es !tal” cual fué el atentado o dano (PESSAGNO, 1953).

outro, os parentes da vítima se apressam em vingá-lo. Entre aos índios parece ter sido, em geral, o objeto da lei não propriamente punir o criminoso, mas atenuar a vingança dos parentes da vítima; os crimes só são punidos se prejudicam os interesses diretos da tribo” (STADEN, 1997, fls. 97). Aproveitando-se o ensejo para, dentro de uma tentativa de contemporização histórica social, apresentarmos a visão pessoal de Hans Staden, sobre a organização social de um dos povos autóctones, cabendo esclarecer que ele viveu no início do século XVI como prisioneiro entre os Tupinambás, nação que ocupava uma grande parte do território “brasileiro”, e eram inimigos dos portugueses e de seus aliados: “Entre os selvagens, não há um governo constituído e não há privilégios. Cada cabana tem um superior. Ele é o chefe. Todos os chefes são da mesma origem e têm o mesmo direito de dar ordens e governar. Disso cada um concluirá o que quiser. No caso de um deles se sobressair aos demais por atos de guerra, será mais seguido do que os outros numa campanha de guerra, como o acima mencionado Cunhambebe. Além disso, não evidenciei nenhum privilégio entre eles, exceto que os mais jovens devem obedecer aos mais velhos, de acordo com o que exigem os costumes deles” (STADEN, 1997, fls. 97).

Com vistas à formação de nossa hipótese inerente à igualdade como consequência natural da evolução humana é preciso refletir com cautela sobre a impressão subjetiva do viajante quanto à inexistência de privilégios na organização social dos indígenas com os quais coabitou no século XVI, a princípio por sua própria estrutura temporal, pois tratava-se de um período histórico onde prevalecia o sistema feudal, onde cabiam os privilégios sociais à classe da nobreza, clero e militares, e neste ínterim surgindo a classe dos comerciantes (burgueses) que face à ascendência do mercantilismo vinha obtendo a abertura do ordenamento para reconhecimento de novos privilégios sociais.

Ultrapassada a delimitação das divisões de classes sociais não há que se olvidar que entre os restantes também havia outras formas de distinção social as quais marcavam muito mais acentuadamente a formação europeia. Por ser inerente à própria conjuntura temporal do viajante, não houve a devida exaltação fática quanto à existência da escravidão entre os Tupinambás, podendo-se definir a estrutura da escravidão em suas memórias não como uma anormalidade no conceito temporal da igualdade pois tratava-se de uma instituição social comum entre os portugueses e outros povos contemporâneos. Ficando claro que haviam entre os Tupinambás prisioneiros de guerra que recebiam o status de escravizados, mantidos em custódia até o momento de serem executados em um ritual místico de antropofagia, mas, também haviam pessoas escravizadas no grupo, inseridas através de mecanismos diferentes, como um indígena da

etnia Carijó que fugindo da escravização portuguesa pediu refúgio aos Tupinambás, embora exercendo as funções de escravizado, com a obrigação de obter alimentos para a tribo, não aguardava sua execução, muito embora quando moribundo por motivo de doença foi executado e partilhado pela tribo em um exercício de canibalismo. Quanto ao papel das mulheres entre os componentes da tribo, ao viajante não há de ser cobrada a falta de sensibilidade para com a interpretação do papel submisso imputado às mesmas, afinal até os dias de hoje, mesmo entre povos dito “evoluídos”, o papel social da mulher ainda pode ser definido de forma discriminatória como não equânime aos privilégios deferidos aos homens.

Consideradas as diferenças entre as narrativas do período inicial da colonização evidencia-se a existência de um ponto em comum que é a estratificação social dos grupos ameríndios face à predominância dos “chefes de famílias”. Afastadas nossas concepções hodiernas de igualdade nas relações sociais estas diferenciações demonstram que haviam privilégios por meio da criação de classes sociais com papéis diferenciados na relação de vivência em sociedade, o que converge para uma ampliação da regra geral da simplória visão do imperativo “taliônico”, como uma possível existência de penas diferenciadas aos crimes destas elites, para tanto Claude Lévi-Strauss registrou em sua visita ao Brasil no ano de 1935: “Esses Guaná cultivam a terra e pagam um tributo em produtos agrícolas aos senhores mbiá em troca de sua proteção, para se preservarem da pilhagem e das depredações feitas pelos bandos de cavaleiros armados, entenda-se. Um alemão do século XVI, que se aventurava por essas regiões, comparava tais relações com as que existiam em seu tempo na Europa Central entre os senhores feudais e seus servos” (LÉVI -STRAUSS, 1999, fls. 168).

Para Lévy-Straus (fls.168) no que se refere à estratificação social “Os Mbaíá estavam organizados em castas: no alto da escala social, os nobres divididos em duas ordens, grandes nobres hereditários e nobilitados a título individual, em geral para sancionar a coincidência de seu nascimento com o de uma criança de alta estirpe. Ademais, os grandes nobres distinguiam-se entre ramos mais velhos e ramos mais moços. Em seguida, vinham os guerreiros, entre os quais os melhores eram admitidos, após iniciação, numa confraria que dava direito a usar nomes especiais e a empregar uma língua artificial formada pela adjunção de um sufixo a cada palavra, como em certas gírias. Os escravos chamacoco ou de outra origem e os servos guaná constituíam a peble, embora estes últimos tivessem adotado, para suas próprias necessidades, uma divisão em três castas imitada de seus senhores” (...) “A arrogância desses senhores intimidara até

mesmo os conquistadores espanhóis e portugueses, que lhes atribuíam os títulos de dom e dona. (...) Certas Senhoras mbaiá negaram-se a encontrar a esposa do vice-rei, alegando que só a rainha de Portugal seria digna de frequenta-las; (...)”.

Não podendo-se desconsiderar tais informações para a concepção de uma nova perspectiva sobre a existência de um direito indígena dissociado da aplicação monolítica da “Lei de Talião”, pois não há como se afastar, ao menos no campo da probabilidade real, esta ideia acadêmica da inexistência de um direito criminal entre os povos ameríndios do período da pré-colonização que ultrapassasse as formas arcaicas das organizações sociais. Não é crível que este povo com organização social hierarquizada, a exemplo dos povos pré-hispânicos retro citados, não possuíssem penalizações diferenciadas a serem aplicadas aos seus membros de acordo com suas prerrogativas pessoais ou de mérito. Bastando, para tanto, compararmos os dados apresentados com referência aos pré-hispânicos no início deste capítulo tendo-se em conta o mesmo nível organizacional de suas estruturas sociais.

Dentro dos poucos estudos que se preocuparam em apresentar reflexões sobre as contribuições dos povos indígenas e afrodescendentes na formação do contexto jurídico brasileiro, podemos citar Antônio Carlos Wolkmer (1994, fls 74/5): “Vale dizer que o máximo que a justiça estatal admitiu, desde o período colonial, foi conceber o Direito indígena como uma experiência costumeira de caráter secundário. Autores como João Bernadino Gonzaga admitem uma justiça penal indígena, no tempo do descobrimento, ainda que seja impossível estabelecer um único direito criminal, gerado por uma fonte superior em face das diversidades existentes entre os incontáveis grupos indígenas (inexistência de homogeneidade até mesmo ente nações nativas maiores como a dos tupis), tampouco pode-se reconhecer qualquer influência dessas práticas penais sobre o direito dos conquistadores”.

Nesta mesma linha de raciocínio observando-se, ainda que de forma indireta, a existência de um sistema de direito entre os indígenas e afrodescendentes, Alexandre Ribas de Paulo, em sua pesquisa sobre o discurso jurídico-penal iluminista no direito criminal do império brasileiro, caracteriza a forma de relacionamento jurídico dos índios na esfera criminal como “métodos de resolução de conflitos penais” (PAULO, 1999, fls. 176), os quais, por sua fonte de origem estarem em estado de submissão cultural, foram tidos como informais, portanto incapazes de gerar influência doutrinária no direito português. Com relação ao direito trazido junto com os africanos escravizados, também apresenta uma interessante visão das suas origens, ou melhor, da transformação de

suas origens face à submissão aos seus ‘senhores’ que de forma direta lhes tiraram suas “personalidades civis”, portanto, em regra geral, ficaram sujeitos ao “poder doméstico”.

Ainda que pesem os posicionamentos simplistas baseados na mera relação de absorção da influência dos elementos próprios das “culturas primitivas”⁸ pelas estruturas dos conquistadores e detentores do poder da força, pelos elementos apresentados supõem-se que haviam alicerces dos povos originários ameríndios, muito embora respeitados em suas especialidades como etnias próprias face às suas inúmeras individualidades, apresentados em parte por Lévi-Strauss, que foram deliberadamente desconsiderados na construção de um sistema sócio jurídico próprio de nossos povos, ou por que não dizer de um sistema penitenciário mais adequado ao esforço da busca evolutiva natural da igualdade social. Esclarecendo-se quanto à busca da igualdade social no campo do direito penal/penitenciário que dar-se-á por meio inverso, ou seja: se (re)conhecermos a inexistência da igualdade entre os membros da sociedade, com evidente favorecimento das classes dominantes de privilégios diferenciados, poderemos melhor compreender a necessidade de evolução do sistema através da eliminação dos elementos diferenciadores, sejam sociais, econômicos ou jurídicos.

2.3. Sobre a desigualdade jurídica e social

Quanto à origem da desigualdade humana há muitas teorias filosóficas que procuram determinar o exato momento que para os evolucionistas os homens das cavernas agregando seus esforços passaram a contar com um elemento humano diferenciado que lhes comandava, enquanto aos criacionistas os evangelhos narram, como tese irrefutável da normalidade da subserviência, a existência de pessoas escravizadas entre os povos desde o livro de gênesis.

A estrutura filosófica de Engels em seu clássico “a origem da família, da propriedade privada e do estado” baseada na relação formadora da família por seu patriarca/matriarca através do respeito reverencial pelos provedores da família, ou, posteriormente pela evolução populacional quando haveria uma causa natural que provocaria uma diferenciação pela necessidade social evolutiva, ampliada em Clãs, fratrias, tribos, nações etc. (fato este devidamente reconhecido na descrição de Hans Staden na organização social dos Tupinambás), possui uma visão de que a família primitiva (família

8. Em divergência ao princípio do relativismo cultural que fastia a hierarquização cultural para imprimir o respeito às suas diversidades.

comunista) não tinha necessidade da agricultura em grande escala ou de produtos industrializados, já que estava no primórdio das relações intersociais, porém, com o desenvolvimento dos meios de produção passou por uma ampliação da necessidade de consumo de bens e serviços, deixando o provedor da família de representar uma simples devoção paternal, encontrando em outras formas hierarquizantes de uma determinada comunidade um caminho que nos trouxe até o nível de desigualdade econômica que hoje nos encontramos.

Para Thomas Hobbes, no limiar do século XVII, em meio à guerra civil inglesa e diante da luta contra a monarquia despótica, a reflexão sobre o papel do homem como ser individual não era muito positiva, pensava que “No estado natural do homem a vontade de causar dano é inerente a todos, mas não provém de uma mesma causa nem tem um só grau de imputabilidade” (HOBBS, 1993, fls. 52), concluindo que, mesmo com todas as qualidades negativas geradas pelo individualismo, a necessidade de convergência dos esforços para a defesa de seus grupos e interesses formaria a verdadeira norma da igualdade, como necessário equilíbrio social.

Para Jean-Jacques Rosseau no seu clássico “A origem da desigualdade entre os homens” o homem é naturalmente bom, nasceu bom e livre, mas sua maldade ou deterioração adveio com a sociedade que, em sua pretensa organização, não só permitiu, mas impôs a servidão, a escravidão⁹, a tirania e inúmeras leis que privilegiam uma classe dominante em detrimento da grande maioria, criando o nosso atual estado de desigualdade social. Podendo-se afirmar que muito antes da obra de Rosseau, no século XVIII, as classes dominantes do velho mundo já queriam conhecer os habitantes das terras recém descobertas, para, quem sabe, encontrar, sob a estrutura de sua formação religiosa, o protótipo do homem conforme a Criação.

Restando voltarmos a Lévi-Strauss com seus registros etnográficos do Brasil na década de 30 do século XX quando verificou que os indígenas possuíam entre si um elemento social diferenciado denominado cacique, ou no idioma tupi *morubixaba*, que além de suas prerrogativas de liderança do grupo era o único na tribo que possuía várias mulheres em seu grupo afetivo/familiar. Explicando o sociólogo que esta desigualdade que prejudicava aos jovens do grupo na satisfação de suas necessidades de adulto, era compensada com o ônus de ter o cacique, e suas mulheres, em momentos de escassez, a obrigação de obter alimentos para satisfação das necessidades de toda a tribo.

9. O que poderá ser constatado historicamente em nossas observações sobre as narrativas de Hans Staden no capítulo 3.

Observação que pode ser constatada, resguardada as devidas proporções obrigacionais, pelo estudo do antropólogo Aldo Litaiff (1996) junto aos Guarani Mbyá da Terra Indígena Sapukai em Angra dos Reis no Estado do Rio de Janeiro, realizado na década de 90 do século XX, onde o cacique era o único com direito à poligamia¹⁰. Concluindo-se este raciocínio para enfatizarmos que a realidade dos povos originários, não só pelas elites indígenas, mas pelo exemplo do privilégio poligâmico justificado a somente um elemento social face às suas funções em detrimento dos “tabus” que imperam sobre os demais elementos do grupo, são elementos inovadores quanto ao desenvolvimento da sociedade contemporânea com seus totens e tabus, mais propriamente convenções e penalizações os quais indiretamente seriam as origens de nosso sistema penal/penitenciário.

Os totens eram objetos de grande respeito e admiração, a violação deste respeito ou admiração acarretava graves castigos entre os indivíduos que cultuavam o mesmo totem ou possuíam relações totêmicas. Os tabus, teriam sua origem nas ilhas da polinésia e significaria ao mesmo tempo o sagrado e o proibido, o impuro e o terrível. Segundo PIMENTEL (1983, fls. 119): “Na base de tudo estava o temor do castigo sobrenatural, decorrente da ofensa ao totem ou da desobediência ao tabu. Os infratores eram punidos severamente, com castigos ditados pelos encarregados do culto. O chefe religioso era, também, o chefe do grupo e em suas mãos se concentrava grande soma de poderes. A execução do castigo, no entanto, tinha quase sempre um caráter coletivo. Observa Jímenes de Asúa que lapidar é uma das mais antigas e características maneiras de manifestar-se a reação punitiva, coletivamente exercida”.

Supondo-se, então, por mera conjectura inicial, como instrumento de construção de nossa hipótese, que se forem eliminadas as penas voltadas para as classes sociais menos protegidas penalmente, e, ao mesmo tempo, de maneira inversa ampliarem-se as penas aplicadas às classes privilegiadas, tornando-as como regra geral para toda a população, utilizando-se do senso crítico do pensamento histórico descriminalizador por meio da, fixação de acordo com nosso grau de evolução humana, estaríamos diante um sistema totalmente voltado para o aprimoramento do sistema penitenciário

3 A Primeira fase do período Colonial

10. Em nossas visitas a uma comunidade desta etnia no ano de 2012 conhecemos o já idoso cacique Verá Mirim e sua família extensiva, o único a exercer a poligamia dentre os quase 500 componentes da Aldeia Sapukai, e desta forma constatarmos a prova viva da preservação dos costumes tribais.

3.1 Da legislação portuguesa

Viviam os povos da idade média sob influência do pensamento religioso, acreditavam piamente nas interpretações das escrituras do velho e do novo testamento que lhes eram reveladas. Atravessavam os *mares nunca de antes navegados* em busca de riquezas materiais e do paraíso de onde o homem havia sido expulso pelo pecado original. O escrivão da frota portuguesa, Pero Vaz de Caminha, representando o pensamento de seu capitão Pedro Álvares Cabral, ao deparar-se com estas terras tão verdes e tão longe do Reino avistava potencialmente uma possibilidade de serem estas as almejadas terras do paraíso, o éden terrestre.

Este pensamento, que a princípio poderia parecer mais uma forma sociocultural de expressão diante do contexto histórico onde viviam, para Sérgio Buarque de Holanda era na verdade a crença comum, fosse quanto ao aspecto físico da geografia terrestre ou à existência de montanhas de ouro e lagoas de prata, riquezas somente lhes aguardando para serem devidamente incorporadas aos seus destinos: “A parte que cabe aos portugueses nas origens da geografia fantástica do Renascimento acha-se, realmente, em nítida desproporção com a múltipla atividade de seus navegadores. Sensíveis, muito embora, às louçanias e gentilezas dos mundos remotos que a eles se vão desvendando, pode dizer-se, no entanto, que, ao menos no caso do Brasil, escassamente contribuíram para a formação dos chamados mitos da conquista. A atmosfera mágica de que se envolvem para o europeu, desde o começo, as novas terras descobertas, parece assim rarefazer-se à medida em que penetramos a América Lusitana. E é quando muito à guisa de metáfora que o enlevo ante a vegetação sempre verde, o colorido, variedade e estranheza da fauna, a bondade dos ares, a simplicidade e inocência das gentes – tal lhes parece, a alguns, essa inocência que, disseram-o já Pero Vaz de Caminha, “a de Adão não seria maior quanto à vergonha” – pode sugerir-lhes a imagem do Paraíso Terrestre.” (HOLANDA, 2007, fls. 7)

Ainda que a arrogância dos colonizadores não lhes permitisse entender a importância do “achamento” do Brasil, enquanto paraíso terrestre, para a construção de um novo modelo de relação entre o Estado e seus condenados, os fatos por si só traduzem como se deu o início deste processo incipiente da formação de uma consciência do homem como sujeito da pena e não como objeto do direito criminal. Ibsen José Casas Noronha (2008, fls. 11) definiu o século XVI sob o aspecto jurídico: “Se Roma criou a razão jurídica, a península Ibérica criou a piedade legal. (...) A frase provoca a sensação de

uma estreitíssima relação entre os poderes espiritual e temporal em Portugal e Espanha, actuando na formação de um direito nas terras do Novo Mundo. (...) As sementes do direito brasileiro vieram de Portugal, mas o solo, sendo diverso, fez vicejar um direito próprio”.

Portugal tem origens ibéricas oriundas dos reinos de Castela e Aragão, tendo sido seu primeiro Rei Afonso Henriques, cavaleiro contemporâneo do tempo do mítico El Cid, esclarecendo, por relevante menção, que as origens da legislação portuguesa possuem vínculos entre o direito romano, o direito canônico e o direito costumeiro dos antigos povos ibéricos que nos antecederam. No entanto, já nos antevemos em elucidar que o estágio do ordenamento lusitano em 1500, pela chegada das primeiras naus, consistia em uma coletânea legal denominada Ordenações Afonsinas¹¹.

Por volta do ano de 1404, D. João I, nomeou o Corregedor da Corte, D. João Mendes para o término desta obra, com finalidade de aplacar a ânsia de sua nobreza no que tangia à delimitação das normas e suas devidas sanções diante da necessária aplicação da Justiça. Face a inúmeros empecilhos, como a morte do próprio nomeado para a realização da obra, D. João I veio a falecer sem que pudesse trazer ao mundo jurídico a primeira Ordenação, porém deixando um legado que já incluía o primeiro livro. Sucessivamente D. Duarte, deu continuidade à obra, mas com um efêmero reinado de cinco anos, também não a concluiu. Subindo ao trono D. Afonso V, com apenas sete anos de idade, por seu regente, deu continuidade ao projeto legal, o qual sob a égide do Dr. Rui Fernandes ficou concluído em 1446, tendo sido denominado Ordenações Afonsinas.

A obra possuía cinco livros, sendo o primeiro o que tratava de quase todas as matérias da administração de um Estado. No entanto, nosso interesse objetivo encontra-se no Livro V, que cuidava dos delitos, das penas e do processo penal. Sendo bastante crítica a observação do jurista brasileiro José Henrique PIERANGELI (2001, fls. 53), quanto ao seu conteúdo formal, “não pairam, pois, dúvidas, de que as Ordenações

11. Ordenações, para Álvaro Mayrink da COSTA (1991, fls. 40/1), prestigiado desembargador carioca: “a palavra ordenações em seu conceito amplo, sinônima de leis, foi tradicionalmente adotada num duplo sentido; a) ora significando ordens, decisões ou normas jurídicas avulsas, com caráter regimental ou não; b) ora significando as coletâneas que dos mesmos preceitos se elaboraram, ao longo da história do direito português. Utiliza-se o singular ou o plural respectivamente, conforme se alude a um preceito determinado) a ordenação do liv. IV, tit. 5º; parágrafo 2º) ou um corpo de leis (as Ordenações da Fazenda). Mas nem sempre se registra o emprego metódico destas duas variantes. A forma plural foi a que veio prevalecer nos autores mais recentes e a que de usa, em regra, na atualidade. Ordenações do Reino, por antonomásia, constituem os três sucessivos códigos oficiais que recebem o nome de Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas”.

afonsinas apresentavam imperfeições, contradições e mesmo falta de unidade de plano e contemplava grande número de infrações religiosas, às quais cominava penas atrozes. Deve-se, contudo, e assim já escrevemos, “ter-se em conta a época em que foram compiladas, o momento histórico vivido, e, só assim se poderá avaliar o seu significado.”

Após 59 anos, em 1505, poderíamos dizer em pleno “achamento” do Brasil, o Rei D Manuel, o Venturoso, mandou que se efetuasse a revisão das Ordenações Filipinas. As razões podem ser elencadas em subjetivas e objetivas, as primeiras inerentes ao desejo de perpetuar seu nome na história e objetivamente face aos novos tempos trazidos pela audaciosa frota portuguesa que transformava a pequena nação portuguesa em um gigante de todos os mares, mas, sobretudo, eis que as novas leis ultrapassavam às já revogadas ou em desuso. Esta Ordenação devidamente revisada, já denominada de Ordenações Manuelinas, encontra um desacerto cronológico na sua entrada em vigor, havendo várias teses de quando teriam sido finalizadas e mesmo do descontentamento de D. Manuel com o resultado do trabalho, desta forma, por um consenso doutrinário tem-se a publicação em 11 de março de 1521 como o marco inicial de sua vigência.

Por fim, com o intuito de orientar nossa busca cronológica dos ordenamentos legais para análise dos instrumentos legais passemos à análise das Ordenações Filipinas. Com a vacância da Coroa portuguesa, assume o trono lusitano D. Felipe II, que unia, ou submetia, o reino português ao da Espanha, onde já era denominado de direito como o Rei D. Felipe III. Tendo ocorrido sua assunção no ano de 1603 por lei de 11 de janeiro, quando passaram a vigorar, devidamente reformadas pelos interesses dos novos tempos políticos que se impunham ao Reino de Portugal as Ordenações Afonsinas. Deixamos de apresentar todas as reformas que antecederam a estas ordenações, cabendo ressaltar que mesmo com sua origem hispânica mantiveram o formato das primeiras ordenações, mantendo a vida útil dentro do ordenamento brasileiro em matéria civil até a promulgação de nosso Código Civil de 1916, e, em matéria penal até o advento do Código Criminal de 1830.

Nos momentos iniciais de nossa história penal, mesmo que sob os auspícios das Ordenações Afonsinas, os primeiros portugueses que para cá vieram não deviam ter acesso a elas, seja pela ausência de imprensa para sua divulgação, ou devido aos costumes relacionados ao cumprimento da Lei dos Capitães onde a autoridade máxima no navio era quem dizia e decidia a lei para seus subordinados. Nem mesmo as Ordenações Manuelinas devem ter tido a devida divulgação na Terra de Santa Cruz, pois

a população regra geral era iletrada e, até arriscaríamos a dizer, não tinha interesse em regras que pudessem interferir na construção desta nova sociedade, para onde vinham os que não encontravam muitas chances na distante Côrte portuguesa. Isto posto, quando apresentamos elementos das Ordenações, optamos por textos extraídos das Ordenações Filipinas, pois no momento da formação das vilas, principalmente no século XVII, já estávamos sobre uma nova chancela que tratava do Brasil com o seu devido papel, ao contrário das anteriores que ainda não vislumbravam o papel que esta terra teria.

3.2 A lei do Capitão

Cientes da lei e do Rei, passemos aos povos do novo mundo. No primeiro contato entre os silvícolas e as naus de Pedro Álvares Cabral já se refletia a criação de uma nova perspectiva para a função sancionadora do direito criminal em terras de Santa Cruz, pelo que passaremos a analisar a pormenorizada descrição do escrivão da expedição, Pero Vaz de Caminha, em sua carta ao rei de Portugal, contando sobre o “achamento” do Brasil, mais especificamente no que tange à existência a bordo de condenados pelo poder judiciário português.” (...). Vieram todos os capitães à nau capitânia e daqui mandou o Capitão que Nicolau Coelho e Bartolomeu Dias baixassem à terra (...) E mandou com eles, para lá ficar, um mancebo degredado, criado de Dom João Telo, de nome Afonso ribeiro, para lá andar com eles e aprender os seus usos e costumes” (FERREIRA, 2000, fls. 17).

Considerando que este foi o primeiro contato entre os navegadores com os habitantes da terra, um povo desconhecido armados com tacapes, arcos e flechas, evidencia-se que os condenados à pena de degredo não possuíam o poder de discutir a forma do cumprimento de suas penas pois tinham o destino de suas vidas à mercê do seu Capitão. Em momento posterior da narrativa restou novamente evidente que aos degredados não haviam opções ao cumprimento de suas penas, ainda que tivessem sido, por lei, tão somente expulsos de sua terra, esta execução penal diferenciada era como se fosse quase uma condenação à morte, estando os mesmos sob sua própria sorte: “E o capitão mandou que aquele degredado, Afonso Ribeiro, e outros dois degredados, que fossem andar e se misturar com eles, (...) Aos degredados ordenou que ficassem lá esta noite” (FERREIRA, 2000, fls. 25)

Após a celebração da primeira missa partem os descobridores direção aos seus destinos mercantilistas, com exceção de dois degredados que aqui ficaram para atuar como intérpretes e guias dos demais lusitanos que possivelmente, sendo a intenção do Rei, voltariam um dia

àquela terra cheia de mistérios e perigos: “Creio, Senhor, que com estes dois degredados que aqui ficam, ficarão mais dois grumetes que esta noite saíram em terra, desta nau, no esquife, fugidos, os quais não retornaram mais. E cremos que ficarão aqui porque amanhã, aprazendo a Deus, fazemos nossa partida daqui” (FERREIRA, 2000, fls. 31). Na *Chronica do felicíssimo rei D. Manuel* composta per Damiam de Goes, publicada em 1566, relatando-se a “conquista” do Brasil há informação de que aqui deixaram dois degredados dos vinte que levavam (PIERONI, 2006, fls. 23). Havendo notícia, extraída de uma carta de 1505 de D. Manuel ao Rei Fernando, o Católico, que destes dois degredados, “voltou um que sabia a língua dos indígenas e nos informou de tudo” (PIERONI, 2006, fls. 23).

Esta prática de utilização da pena, melhor dizendo da execução da pena, realizava-se como fim sociopolítico do Estado, ainda que, sob a visão moderna tenham sido efetuadas em detrimento dos direitos humanos ou naturais dos condenados. Prática com continuidade por muito tempo nestes anos de descoberta e colonização. No que se refere ao direito em si, quanto à aplicação formal de uma regra de ordenamento oriunda de uma fonte com competência constituída e dirigida expressamente aos colonos das novas terras do além-mar, podemos citar que o fidalgo Martim Afonso de Souza, com interesse da Coroa em efetivar a colonização das novas descobertas, em 1530, recebeu um documento régio¹² que lhe dava poderes quase absolutos para aplicar a lei nas terras que viesse a descobrir. Com atribuição até a aplicação da pena de morte sem possibilidade de apelação, exceto nos casos de privilégio da fidalguia quando então havia a possibilidade de recurso à Lisboa. Por razões das mais diversas este modelo de implantação do poder Real de forma concentrada em um único órgão representativo não se efetivou, fosse pela imensidão das terras a serem colonizadas, fosse pelas enormes despesas que se faziam necessária ao erário real.

3.3 O interesse colonizador como fonte de lei

Passou-se a um novo período histórico administrativo, com início no ano de 1530 que perdurou até 1548, ocasião em que a Coroa Portuguesa com finalidade de efetivar a posse da nova terra dividiu-a em imensas porções territoriais denominadas capitánias hereditárias. Onde cada donatário possuía poder irrestrito para aplicação da Justiça, ainda que em tese fossem determinadas dentro dos limites da norma imperante. Pelo seu caráter absoluto e principalmente por estar previsto que com exceção dos

12. Carta de grandes poderes ao capitão-mor Martim Afonso de Sousa e a quem ficasse em seu lugar (SALGADO, 1985.).

interesses fazendários não haveria qualquer intervenção do poder constituído teria sido aplicada a justiça que mais lhes convinha, com exceção da jurisdição dos membros do poder eclesiástico que mantinham seus privilégios de justiça especializada.

Sob o ponto de vista dos recursos humanos escassos e a imperativa necessidade da manutenção da segurança das capitanias contra todos os inimigos estrangeiros da terra principalmente pelo que se sabe nos relatos de tempos posteriores, com certeza os critérios penais, sobretudo os sancionadores, devem ter sido bem elásticos para que se moldassem nas razões da finalidade das implantações do sistema de exploração. Historicamente é importante ressaltar o marco sinalizador deste modelo *extra legis* com a chegada de nosso primeiro governador geral, Tomé de Souza, em 1549, onde apesar de já costumeiro o uso de degredados nos interesses do Estado, vieram juntamente com ele cerca de quatrocentos degredados, dentro de um total de mil homens¹³.

Observamos que dentre estes degredados, saídos da cadeia do Limoeiro em Lisboa, incluía-se a presença de “desorelhados”, aqueles que pela gravidade de seus crimes tiveram suas orelhas decepadas para serem mais facilmente reconhecidos quando em contato com a sociedade (possível reinserção, discriminação social ou mera hipótese de fuga?). A pena de degredo foi aplicada ainda por muitos anos não só por Portugal, mas como por outros inúmeros países. No caso da Inglaterra podemos citar principalmente o caráter do degredo com base em dissensão religiosa voltado à colonização dos Estados Unidos da América e num passado nem tão distante, já sem a conotação principal de colonização, mas como forma direta de medida de segurança com redução da população criminosa da Grã-Bretanha, com o envio às terras da Austrália.

A importância do fluxo populacional das migrações forçadas pelo degredo dentro de um contexto de classificação sociocultural pode ser avaliada em um fragmento textual do historiador português Costa Lobo, apresentado por Laura de Mello se Souza, “as possessões ultramarinas foram sempre para Portugal o ergástulo de seus delinquentes” (SOUZA, 1986, fls. 57). Havia um fluxo estabelecido para a Colônia da Índia que teria alcançado o impressionante número de oitenta mil pessoas durante os anos de 1497-1527, e qual teria sido posteriormente reorientado para a nova colônia brasileira. Citando-se como fonte de referência direta um alvará de 06 de maio de 1536 onde o Rei D. João III determinava que “os moços vadios de Lisboa” (SOUZA,

13. Notícia que é centro de enorme polêmica histórica, pois muitas vezes os relatos indicam terem sido seiscentos outras vezes muito menos, talvez somente 40, pois as naus que acompanharam o Governador Geral não teriam capacidade para o transporte de um volume tão grande.

1986, fls. 58). fossem desterrados para o Brasil, assim como também indica um documento oriundo da Corte de Almeirim, do ano de 1544, solicitando ao monarca para a correição de “patifes e homens vadios” (SOUZA, 1986, fls. 58) fossem estes presos e embarcados para o Brasil.

Entre nós, já no século XVI, o padre Vieira, manifestava-se quanto à eficácia da penalidade do degredo apresentando uma perspectiva da função ressocializadora da pena, motivo pelo qual passamos a transcrever texto de seu livro publicado em 1652: “(..). Há quem castigue tudo com o último degredo, e ficaremos livres de tão más pestes. E esta será a melhor tesoura, que cortará todas as unhas a tantas harpias, como por todas as partes que nos cercam. Dirá alguém que a melhor tesoura de todas é a força. Não a tenho por tal, porque aqui tratamos de emendar e não de extinguir o mundo; além de que não haverá forças que bastem para tão grande pendura. Por mais capaz de tanta gente tenho o degredo; comam-se lá embora uns aos outros, isso mesmo lhes servirá de castigo, e ficaremos livres deles, até que se melhorarem, tornem a nos ajudar com seu exemplo” (VIEIRA, 1999, fls. 312), restando patente que já havia a possibilidade e previsibilidade da reinserção social como finalidade da pena.

Corroborando-se nossa interpretação por meio da forma de administração de justiça evidenciada através da crônica histórica de Edison Carneiro: “Mais tarde (1551), foram presos dois franceses que traficavam pau –brasil. O Governador escreveu ao rei que preferira aproveitá-los: Não os mandei enforcar porque tinha muita necessidade de gente que me não custe dinheiro”. Um deles era língua – era um homem útil. O outro ferreiro trabalhava nas ferrarias da Cidade com um grilheta (braga); é o mais hábil homem que tenho visto, porque faz bestas e espingardas e todas as armas...” (CARNEIRO, 1980, fls.46/47). Não se tratando somente de uma possível aplicação da sanção como elemento de interesse sociopolítico, mas de um interesse mais econômico do que social, afinal os franceses eram inimigos locais dos portugueses disputando a extração do pau-brasil.

Por outro lado, para que não corramos em um juízo crítico ao comportamento português, dissociado de uma visão temporal, passemos a analisar o comportamento dos seus inimigos franceses. Buscando no comportamento dos ferrenhos protestantes capitaneados por Villegagnon, empenhados na construção da “França Antártica”, um exemplo da aplicação do poder sancionador, isto de acordo com a narrativa de suas atividades de distribuição de justiça, conforme carta de 1557¹⁴, na qual podemos inferir que nem mesmo as ameaças

14. “Mas aconteceu que vinte e seis mercenários, incitados pela cupidez carnal, contra mim conspiraram, sendo-me

reais à sua vida e à sua autoridade afastaram a necessidade de obtenção/manutenção de mão de obra para a construção de seu objetivo, no entanto baseados fundamentalmente em sua crença na ressocialização dos homens criminosos.

Podendo-se, para exato entendimento da imprescindibilidade desta mão de obra, e também do caráter objetivo de Villeganon, citarmos as impressões do viajante Jean de Lery que conviveu com o comandante francês naquele período: “Era um homem cruel, que pagava o árduo trabalho dos imigrantes com parca alimentação, fazendo com que trabalhassem até ao estado de total esgotamento, como se todos tivessem sido condenados ao trabalho forçado, obrigando-os a quebrar e carregar pesadas pedras o dia inteiro para a construção do forte Colgny. Do trabalho, nem mesmo os ministros de Deus foram dispensados” (Mello, 1996, fls. 64).

Em que pese o impregnado e indissolúvel caráter puritano que ungia os atos e

entretanto o fato revelado no dia em que eu ia ser trucidado e no próprio momento em que a mim se dirigiam os conspiradores. Evitamos a realização de seus intentos mandando eu ao seu encontro cinco criados armados, o que os atemorizou a ponto de se tornar fácil desarmar e prender quatro dos principais chefes, fugindo os outros a se esconder depois de abandonarem as armas.

Libertamos um deles de suas correntes, no dia seguinte, a fim de que pudesse melhor defender sua causa, mas ao ver-se livre deitou a correr e jogou-se ao mar, afogando-se. Os que restavam, se trouxeram para ser examinados, presos como estavam, e de bom grado declararam sem necessidade de torturas, o que nós já ouvimos do denunciante. Um deles, tendo sido pouco antes castigado por mim, por ter tido relações com uma prostituta, mostrou-se de muito mau humor e confessou que o começo da conjuração viera dele; que aliciara por meio de presentes o pai da prostituta, a fim de que a tirasse de meu poder se eu tentasse proibir-lhe a coabitação com ela. Esse foi enforcado por tal crime; aos outros dois demos perdão, mas de tal sorte que ainda em cadeias lavram a terra; quanto aos demais, não tenho querido informar-me de seus crimes, para me não ver obrigado a fazer rigorosa justiça, se forem conhecidos e averiguados, pois se assim acontecesse ficaríamos sem poder acabar a empresa começada.

Por isto dissimulando o meu descontentamento, perdoei a todos e a todos animei, verificando que me não é preciso muito para conhecer pelas ações e travessuras de cada um o que tem no coração. Dessarte não poupando a qualquer, antes fazendo-o pessoalmente trabalhar, não só trancamos o caminho a seus maus desígnios, mas ainda dentro de pouco tempo, teremos fortificado toda a nossa ilha.

Todavia, segundo a capacidade do meu espírito, eu não cessava de os admoestar, arredando-os dos vícios e os instruindo na religião cristã, bem como mandando rezarem-se preces de manhã e à noite. E com o cumprimento desse dever e as devidas cautelas, passamos o resto do ano no maior repouso.”

obras de Villegagnon vislumbramos comportamento paradoxal na atuação do célebre Jesuíta Manuel da Nóbrega, fundador da cidade de São Paulo, que em carta de onze de agosto de 1551 dirigida ao Padre Simão Rodrigues em Lisboa, comentada pela historiadora Sheila Hue: “Nela o jesuíta pede a seu superior que interceda em favor de um pedreiro. O pedreiro contratado por Nóbrega era um degredado por assassinato, cumprira um dos onze anos a que havia sido condenado e concordara em prestar serviços à Companhia em troca do abatimento de cinco anos em sua pena” (HUE, 2006, fls. 20). Seguindo em sua observação esclarecendo que este trecho foi suprimido no manuscrito quinhentista da Casa de São Roque – pertencente ao acervo da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro – e conseqüentemente nas edições nele baseadas. Afinal as relações entre o superior da ordem no Brasil e um assassino degredado devem ter parecido bem pouco convenientes ao copista jesuíta.

Fazendo-se, neste ponto, necessário estabelecermos o verdadeiro vínculo da Igreja Católica com a Coroa de Portugal em terras Brasileiras, pela busca da noção conceitual da instituição denominada padroado, que para Riolando Azzi (1987, fls. 21) era: “O instrumento mais efetivo através do qual a Santa Sé comprometeu os monarcas portugueses em sua missão religiosa foi conferindo-lhes o padroado sobre as novas terras descobertas, que passaram a ficar vinculadas à jurisdição da Ordem de Cristo”.

Toda a primeira fase da história da instituição eclesiástica no Brasil ocorreu sob o regime do padroado, somente com a república em 1889 inicia-se a sua gradual extinção, sendo importante esclarecermos no que consistia o exercício desta instituição. Inicialmente discorrendo quanto a formação do vínculo entre as duas partes integrantes: “O Direito de padroado só pode ser plenamente entendido dentro de um contexto de história medieval. Não se trata de usurpação de atribuições religiosas próprias da Igreja por parte da Coroa Lusitana, mas de forma típica de compromisso entre a Santa Sé e o governo português. Consistia especificamente no direito de administração dos negócios eclesiásticos, concedido pelos Papas aos soberanos portugueses. Acresce ainda que, em 1522, o Papa Adriano conferiu a D. João III a dignidade de Grão Mestre da Ordem de Cristo, transmitida em seguida aos seus sucessores no trono. “Unindo assim aos direitos políticos da realeza o título de Mestre Geral dessa importante instituição religiosa medieval, os monarcas passaram a exercer ao mesmo tempo um poder de ordem civil e eclesiástica, principalmente nas colônias e domínios portugueses. Os Reis de Portugal tornavam-se, portanto, os chefes efetivos da Igreja do Brasil por duas razões convergentes: pelos direitos de padroado e pelo título de Grão-mestre da Ordem de

Cristo. Este último título conferia aos reis de Portugal também o regime espiritual, devendo, portanto, zelar pela vida cristã nas colônias portuguesas” (AZZI, 1987, fls. 11).

Esta relação entre o Estado e a Igreja influenciou também as relações entre a sociedade e os presos do Estado, observando-se que havia também, os presos do direito canônico cuja relação será analisada mais profundamente em capítulo vindouro quando trataremos da questão relacionada às irmandades religiosas do século XVIII e os presos nas cadeias das capitanias do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, existente também nas penitenciárias femininas do século XX no Estado do Rio de Janeiro. Por ora, sem adiantarmos nossa análise cronológica das relações entre a sociedade e os presos, sob o foco da igualdade como elemento ressocializador, voltemos aos idos tempos do “achamento” do Brasil, para sob a ótica da implantação do padroado, apresentarmos um evento que demonstra uma verdadeira ausência de sintonia entre o direito laico e senso de renovação cristã do poder eclesiástico.

Frei Vicente do Salvador¹⁵, provavelmente falecido entre 1636 e 1639, deixou em seus manuscritos importante narrativa sobre a história eclesiástica brasileira, mais especificamente quanto à assunção do Bispo D. Antônio Barreiros, apresentando um capítulo muito sugestivo denominado “Das diferenças que o governador e o bispo tiveram sobre

15.(SALVADOR,2010, fls. 233/4) *“A ocasião foi esta: havia nesta terra um homem, aliás honrado e rico, chamado Sebastião da Ponte, mas cruel em alguns castigos que dava a seus servos, fossem brancos ou negros. Entre outros chegou a ferrar um homem branco em uma espádua com o ferro das vacas, depois de bem açoitado. Sentindo o homem disto, se embarcou e foi para Lisboa, onde, esperando uma manhã a El-rei, quando ia para a capela, deixou cair a capa que só levava sobre os ombros e lhe mostrou o ferrete, pedindo-lhe justiça com muitas lágrimas. Informado El-rei do caso, escreveu ao governador mandasse preso e a bom recado ao Reino o dito Sebastião da Ponte. Teve ele notícia disto e acolheu-se numa ermida de Nossa Senhora da Escada, que está junto a Pirajá, onde o réu então morava.”*

“Demais disto chamou-se às ordens, dizendo que tinha as menores, e andava com hábito e tonsura porque não era casado, pelas quais razões deprecou o bispo ao governador não o prendesse. Mas não lhe valeu. Começou logo a proceder a censuras e finalmente chegou o negócio que houveram de vir às armas, correndo com elas o povo néscio e inobstante já ao bispo com o temor das censuras, já ao governador com o temor da pena capital que ao som da caixa se publicava e, o que mais era, que, ainda de todos acostados ao governador seus próprios filhos, que estudavam para se ordenar, com pedras nas mãos contra seus pais se acostavam ao bispo e a seus clérigos e familiares. Porém enfim jussio Regis urgebat, e se mandou o preso ao Reino, como El-rei o mandava, onde foi metido na prisão do Limoeiro, e nela acabou como suas culpas mereciam.

um preso que se acolheu à Igreja”. Nesta passagem, em tese, ocorre um confronto entre o sentimento retributivo imputado ao fim da pena perseguido pelo poder monárquico e a crença da possível ressocialização do criminoso com a aceitação de uma nova ordem espiritual sobre a formulação de seus pensamentos pelo poder religioso. Ainda que possa parecer não estar a narrativa contemplada na hipótese relativa à existência de um fim da pena voltado para a ressocialização, mas tão somente sendo uma escaramuça para ilidir-se a aplicação da pena, o fato da tomada do hábito da ordem eclesiástica, de alguma forma, indiretamente, é um indicativo temporal de uma renovação de atitudes pessoais, ou seja, que o réu procurava uma forma de modificar suas más atitudes e de alguma forma reiniciar-se nos mandamento cristãos que dirigiam, ou deveriam dirigir, o comportamento dos habitantes da colônia.

Porém o século XVI, em terras do Brasil, também recebeu a *visitação* do outro lado da moeda eclesiástica, o lado obscuro da fé, que não parecia estar intimamente ligado aos princípios cristãos propalados pela igreja Católica, um aspecto institucional que deixou a marca mais sangrenta que se fez sentir naqueles tempos, incluindo-se não somente o povo português, mas também grande parte dos Estados da Europa. Não bastasse a distância da corte, com longos e perigosos mares a lhe separar, os que para cá vieram, muitos para fugir justamente desta fúria indômita, ainda encontrariam aqui uma espécie de justiça, com origem mista no poder laico oriundo da Coroa portuguesa e do poder espiritual sempre à sombra dela, a inquisição¹⁶. Ao Brasil, ainda incipiente, pode intuir-se que as *visitações* (procedimento de apuração das cortes da inquisição) de 1591 e de 1618, podem ter sido motivadas pelo aumento do afluxo de cristãos-novos vindos para cá, já que havia uma renitente perseguição a estes, a qual colocava de um lado o problema da dosagem religiosa nas populações ainda exíguas e de outro uma ameaça à segurança da Colônia. Ressaltando-se para fixação do *modus operandi* a interpretação histórica de Sônia Siqueira: “Prisões do Santo Ofício na Bahia e Pernambuco foram as prisões comuns, de janelas para a rua, de onde os presos tiravam esmolas quando havia procissões, como aconteceu na procissão de Endoenças. Comunicavam-se também entre si, combinando os depoimentos. Nada tinham, portanto, dos ambientes lúgubres que foram descritos para os cárceres inquisitoriais. Alcaide

16. Sobre a inquisição no Brasil, já no período do século XVIII podemos encontrar em *Cárceres e Fogueiras da Inquisição* de Evaristo de Moraes, Athena Editora, Rio de Janeiro, S/D, alusão ao processo paradigmático de Antônio José da Silva, escritor português executado em Lisboa em 1739, assim como o rol de brasileiros condenados a partir deste período.

do cárcere na Visitação de 1591, na Bahia, foi Álvaro de Vilas Boas; em Pernambuco, Francisco Gouveia” (SIQUEIRA, 1978, fls. 286). Importante legado quanto à indicação do estado das prisões no final do século XVI, em que pese o descaso para com as necessidades mínimas dos aprisionados, ainda assim estas não haviam alcançado o alto grau de deterioração que reinavam nas prisões da Corte. Podendo tal fato ser tomado como um bom indicativo de que as prisões ainda detinham um pouco de esperança aos que lá eram encarcerados.

3.4 A desigualdade como fonte de lei

Após esta ampla análise das relações entre o poder Estatal e as formas estamentais, que no Brasil do Século XVI eram exaradas das mais diversas fontes, ora por funcionários da Coroa Real ora pelos militares ora pelos religiosos, apresentamos uma constatação essencial para que possamos compreender a relação destas autoridades com a fonte do direito. Constatação que por sua generalização contrária aos elementos legais inerentes ao poder, fica muito mais no campo da subjetividade da análise dos fatos do que em um consenso doutrinário. Para Ana Lúcia SABADELI (2006, fls. 198): “Os privilégios, via de regra, hereditários, são parte integrante da ordem jurídica das idades média e moderna enquanto expressão (e garantia) da “essência” de uma sociedade organizada em estamentos. Em geral, os privilégios são estabelecidos em função da nobreza, mas também podem ser determinados devido ao exercício de cargos militares, políticos e clericais. Os privilégios impõem um tratamento jurídico diferenciado aos seus beneficiários. Assim só excepcionalmente são aplicadas penas graves e infamantes contra pessoas oriundas de grupos privilegiados. Isto se verifica também em relação à tortura, observando-se que a maioria dos privilégios já está nas Partidas. O mesmo vale em relação às exceções (ou imunidades) sobre a tortura, que afetam grupos que, devido à sua condição momentânea (física ou psíquica), gozam de um tratamento mais “brando”, como por exemplo as mulheres grávidas, os idosos e etc”.

Esclarecendo-se que os privilégios, as diferenciações em face de posições sociais, eram descritas legalmente nas Ordenações Filipinas, no Livro V, Título CXXXVIII, “Das pessoas que são escusas de haver pena vil: Para que se saiba, quaes devem ser relevados de haver pena de açoutes, ou degredo com baração é pregão, por razão de privilégios, ou linhagem, mandamos que não sejam executadas as taes penas em os Scudeiros dos Prelados, e dos Fidalgos, e de outras pessoas que costumão trazer”.

Para Geraldo Pieroni no final do século XVI restava a possibilidade de reinserção social aos condenados da corte assim como também aos indesejáveis socialmente: “Na colônia brasileira o que não faltava era trabalho. A mão de obra era muito preciosa, sobretudo custava pouco aos cofres régios. Um decreto de 13 de dezembro de 1590 ordena o envio a Gabriel Soares de Sousa de todos os condenados às galés que fossem “mineiros, fundidores, artilheiros (...) e todas as outras pessoas que tinham ofícios como artífices”. Gabriel Soares de Sousa encontrava-se no Brasil e tinha sido nomeado capitão-mor e governador da Conquista e Descobrimento do Rio de São Francisco. Neste momento mais urgente que os trabalhos nas galés era a exploração do rio São Francisco e por isso foi comutada a pena desses criminosos pelo fato de serem eles trabalhadores. Nesse mesmo dia foi publicado um outro decreto que concedia o perdão a “toda pessoa que fosse condenada ao degredo em qualquer outro lugar e que pudesse servir na dita Conquista”; “Gabriel Soares de Sousa, devido à sua investidura como capitão-mor da Conquista e Descoberta do Rio São Francisco, entre outros poderes que possuía, podia “tirar das prisões e levar consigo os condenados a degredo que escolhesse”. Mais uma vez, as prisões funcionavam como depósito de artífices que podia ser utilizada nos momentos de crise da colônia” (PIERONI,2006, fls. 55/56). Corroborando, ainda Pieroni, por fim, com uma informação valiosa sobre as atividades penais e penitenciárias realizadas pelo domínio holandês em terras brasileiras: “Outros povos tiraram proveito deste mesmo sistema que, ao que tudo indica e na falta de outra possibilidade, solucionava momentaneamente certos problemas, assim fez Maurício de Nassau, que durante a presença holandesa no nordeste escreveu de Olinda uma carta ao seu parente, o príncipe d’Orange, pedindo o envio “a este delicioso país” de todos os colonos alemães que pudesse encontrar e, se não fosse possível tê-los voluntariamente, ordenasse o esvaziamento das prisões e das galés, transportando os criminosos ao Brasil, “onde com útil e virtuoso trabalho purgassem de seus delitos” (PIERONI,2006, fls. 56).

Elementos que nos levam a acreditar que no século XVI, nesta terra dos *brasis*, no que tange à aplicação das penas ou seu cumprimento, tanto para portugueses, franceses, holandeses, protestantes, católicos, militares ou civis, já havia um caráter incipiente de ressocialização, ainda que informal, mas sempre aplicada na execução penal, embora bem temperada com o direito de vida e morte pelos “senhores” do Estado. Ainda que tenhamos o peso dos elementos relativos às diferenças sócio culturais denominadas privilégios de classe, como elementos contrários ao princípio natural

da igualdade, tais quais apresentados acima, faz-se necessário apresentarmos uma conceitualização sócio geográfica do momento estudado, pois a vivência em uma terra tão distante do velho mundo envolvida em tão grandes perigos físicos e sobretudo em necessidades materiais, no que tange aos fins da pena e sua aplicação, prevalecia sobre a necessidade de manter-se a máxima coesão dos poucos habitantes aqui existentes.

Quanto à perspectiva do pensamento filosófico contemporâneo sobre a questão da manutenção do *status quo* relativo às diferenças sociais na aplicação e execução de penas diante dos privilégios sociais, vislumbramos no pensamento de Étienne de La Boétie uma indignação do autor francês quanto ao curso que envolvia os povos europeus no século XV: “Digamos, portanto, que ao homem todas as coisas parecem naturais, nas quais é criado e nas quais se habitua, mas isso só o torna ingênuo, naquilo que a natureza simples e inalterada o chama; assim a primeira razão de servidão voluntária é o costume. Com os mais chucros cavalos, que no início mordem o freio e depois, onde, recentemente, escoiceavam contra a sela, agora se enfeitam com os arreios e orgulhosamente jactam sob o arnês. Dizem que sempre foram subjugados, que seus pais viveram assim; pensam que são obrigados a suportar o mal e acreditam no exemplo, assumindo eles próprios, ao longo do tempo, a posse daqueles que os tiranizam (...)” (DE LA BOIÉTIE, 2009, fls. 47).

O momento histórico do século XVI estava ornado com todo o arcabouço sociopolítico centrado em figuras despóticas imbuídas na contenção das esferas de poder, pois era o resultado natural de um processo que se iniciara, no caso português, há pouco mais de duzentos anos com a formação de seu Estado independente em luta contra os reinos circundantes e contra o poder religioso representado pelo Papa, assim como na preocupação de defesa intermitente contra a ameaça dos mouros. Dentro do possível havia perspectivas de evolução sociocomportamental na evolução do sistema penal/penitenciário, mas que ainda precisariam aguardar a gradativa transformação social a qual somente o tempo iria impor às engrenagens da História. Podemos até inferir, sob um prisma pragmático, que as relações, trasladadas para as terras do Brasil, chegavam quase a incidir numa relação contrária ao rumo do ainda incipiente igualitarismo, ou seja, adquirindo aspectos quase escravistas ou feudais, pois em vários momentos observamos que a despenalização ou mesmo o perdão na aplicação das penas, mas, sobretudo, a mitigação do rigor na aplicação das mesmas, somente ocorria em contrapartida da prestação de serviços essenciais à manutenção do ideal quinhentista na terra do Brasil. O elemento da igualdade estava mais inse-

rido em um ideal religioso edênico do que em uma expressão política social, porém na prática observamos que os fins políticos sociais não podiam prescindir de uma inserção imediata dos apenados em seus papéis sociais, não restando tempo para uma dissensão litigiosa quanto ao papel da manutenção do corpo social em vistas de um bem comum ou mesmo do Estado (uma autêntica servidão social).

4 Da contribuição dos povos africanos ao sistema prisional brasileiro.

4.1 O engenho como organização social

Ultrapassada a fase inicial da colonização, já no início do século XVII, o colonizador português adentra às terras do interior do Brasil, constrói “*casas grandes*”¹⁷ próximas às suas enormes plantações de cana de açúcar. Logo depois do ciclo do extrativismo inicial com ênfase no Pau Brasil, madeira que produzia o poderoso corante cor de “brasa”, valiosa matéria prima para a indústria têxtil europeia, inicia-se um novo e importantíssimo ciclo econômico voltado para a fixação do homem junto às terras produtivas. Ao mesmo tempo em que no litoral da colônia os prepostos do Reino efetivavam seus agrupamentos comunitários originais, pequenos lugarejos contados por seus “fogos de chão”, representados na figura política de Vilas, que eram as unidades administrativas legais seguindo o ordenamento luso, no interior eram implantados os engenhos para produção de açúcar, a principal marca daquele século. Os Engenhos eram unidades de convivência social múltipla, tendo como essência sua natureza privada, eram administrados por um elemento centralizador, o “senhor do engenho”, geralmente na fase inicial de implantação esta classe era composta por membros fidalgos da corte lisboeta, senhores da vida e da morte, representando o próprio Rei, que necessitavam para a consecução do seu intuito comercial, geralmente empreendimentos de alto custo, cercarem-se de pessoal especializado que se fazia necessário às múltiplas funções que lá eram exercidas, inclusive às da justiça real.

Os Engenhos eram verdadeiros microcosmos comunitários, locais que refletiam objeti-

17. Alusão ao clássico da sociologia brasileira de autoria de Gilberto Freyre: Casa Grande e Senzala. Um ensaio sobre as relações entre os senhores e seus escravos no Brasil rural do início da colonização, obra que antecede outro clássico denominado Sobrados e Mucambos, que passa a tratar das relações no período da urbanização brasileira.

vamente a organização societária existente. Ali podiam ser encontradas figurativamente desde a classe da nobreza representada pelo “senhor” e sua família, que geralmente não se limitava ao casal e sua prole também abrangendo aos familiares consanguíneos e afins, os quais enquanto não alçavam empreitadas comerciais próprias viviam dentro de um círculo de respeito patriarcal cujo núcleo era o “senhor do engenho”, como também a classe religiosa, o clero, que sob a Coroa portuguesa vivia em “regime do padroado”, mas que neste universo próprio era representada pelos capelães seculares que eram estipendiados pelos “senhores do engenho”, os quais dentro do universo religioso daquele período histórico eram essenciais à legitimação das atividades empresariais desenvolvidas sob o julgo da Coroa e sobretudo ao conforto das almas dos habitantes do engenho. Podendo-se conceituar a classe dos militares como sub representada pelas forças mantidas e legitimadas pelo próprio “senhor do engenho”, muito embora não fossem de uma origem propriamente militar, mas, por vezes, eram lideradas por algum militar de carreira; sendo que o restante dos habitantes do engenho compunha-se por artesãos livres, os chamados “agregados”, assim como também pelos degredados do Reino e por último, pela imensa maioria dos componentes da essencial e imprescindível mão de obra escravizada.

4.2 A escravidão como relação social

Esta mão de obra escravizada inserida no ordenamento social contemporâneo por uma arraigada tradição histórica, foi retratada na história brasileira por duas fases distintas. Inicialmente arregimentada dentro do povo da terra, os povos originários da imensa terra colonizada, também chamados de “negros da terra”, a qual com o passar do tempo mostrou-se incompatível com as necessidades objetivas do escravismo, passando-se então, em segundo momento, a ser trazida da distante África pelos “navios negreiros”. Certamente, que as questões relacionadas ao fim da escravidão dos indígenas abrangem inúmeras vertentes que não cabem no contexto desta obra, mas para a nossa compreensão da perspectiva religiosa que recepcionou os povos negros no Brasil passamos a analisar uma assertiva histórica referente à origem bíblica dos povos aqui escravizados. Sérgio Buarque de HOLANDA (2003), com esmero intelectual, interpretou e explicou a origem da tão conhecida e propalada falácia pela qual os religiosos jesuítas defendiam o fim da escravização dos indígenas, sob a argumentação teológica de que estes possuiriam almas, ao contrário dos

povos negros. Apresentando como suporte, uma explicação que redundava em uma tese teológica ainda pendente de interpretações onde discutia-se sobre a origem dos primeiros habitantes da África e conseqüentemente a origem dos povos negros, em que seriam estes os descendentes dos filhos de Cã, objeto da maldição de Noé, que pela mão divina guardariam na tez e nos cabelos os sinais da maldição.

Os “navios negreiros”, navios para transporte de escravizados negros, também chamados “navios tumbeiros”, trouxeram milhões de africanos da Guiné Portuguesa, da Costa da Mina, de Angola, do Congo e de Moçambique. Para Edison CARNEIRO (1964) os oriundos de Angola, por serem mais abundantes eram destinados à agricultura, os da Costa da Mina por já possuírem rudimentos de mineração foram enviados para as atividades de extração mineral. A convivência diuturna entre os senhores brancos, majoritariamente constituídos por portugueses até o ano de 1580 quando a Coroa portuguesa passou a ser exercida pelo rei espanhol Felipe III, com seus escravizados negros criou um círculo de relação social que extrapolava a mera relação de possuidor com seu objeto. Os negros escravizados participavam ativamente das atividades econômicas desenvolvidas na colônia, muitas vezes integrando as “Bandeiras”, que eram excursões não oficializadas pelo poder público voltadas ao desbravamento do interior selvagem para garimpo e captura, “*preação*”, de escravizados índios. Muitas vezes atuavam na captura dos próprios escravizados negros fugitivos de seus cativeiros e refugiados nos “quilombos”, portanto denominados “quilombolas”, quando então eram denominados “capitães do mato”. Eram artífices, sapateiros, alfaiates, músicos, barbeiros e tantos outros ofícios, compondo, por seus valores intrínsecos, uma sociedade em formação não somente no que se refere ao conceito de nação, mas também como uma experiência única na mistura de povos tão diferentes. Se os escravizados de origem africana estavam presentes, em menor número, no século XVI, com a necessidade de mão de obra para a fixação dos colonizadores nas terras produtivas, passaram a aumentar gradativamente seu contingente populacional no século XVII.

A primeira relação social entre senhores e escravizados negros no início da colonização pode ser representada pela admoestação do viajante português André João Antonil “*aos senhores de engenhos e lavradores do assucar e do tabaco*”, através de seu livro publicado em 1711, onde inicialmente esclarece: “Os Escravos são as mãos e os pés do senhor do engenho; porque sem elles no Brazil não He possível fazer, conservar, e augmentar fazenda nem ter engenho corrente” (ANTONIL, 1963, fls, 19), logo a frente mais especificamente refletindo sobre as punições ou castigos

infringidas aos escravos: “Não castigar os excessos, que elles commettem, seria culpa não leve; porém estes se hão de averiguar antes, para não castigar innocentes: e se hão de ouvir os dilatados; e convencidos castigar-se-hão com açoites moderados, ou como metter em huma corrente de ferro por algum tempo, ou tronco. Castigar com ímpeto, com animo vingativo, por mão própria, e com instrumentos terríveis, e chegar talvez aos pobres com fogo, ou lacre ardente, ou marca-los na cara, não seria para se soffrer entre bárbaros, muito menos entre christãos catholicos. O certo He que, o senhor se houver com os escravos como pae, dando-lhes o necessário para o sustento, e vestido, e algum descanso no trabalho, se poderá também depois haver com o senhor; e não estranharão, sendo convecidos das culpas, que commettêrão, de receberem com misericórdia o justo e merecido castigo. E se depois de errarem como fracos, vierem per si mesmos a pedir perdão ao senhor; ou buscarem padrinhos, que os acompanhem: em tal caso He costume no Brazil a perdoar-lhes” (ANTONIL, 1963, fls, 19).

Constatando-se pelo texto acima que as relações entre o “senhor” e seu escravizado alcançava um grau de violência extrema, não havendo a princípio nenhum poder moderador ou norma legal que lhe servisse de parâmetro, mesmo assim encontramos ponderações de que a escravidão no Brasil teria sido muito mais humanizada do que em outros países, opinião capitaneada por Gilberto FREYRE (2006, fls. 435)¹⁸, sobre a qual ocorre uma discussão hodierna sobre sua dimensão histórica diante da complexidade do tema. Neste ponto, por imperativo de construção da hipótese pesquisada, passamos a buscar elementos relativos à contribuição de seus costumes legais, porque não dizer costumes de organização social, que de alguma forma podem ter atuado na implantação do direito português aplicado à nova nação a ser construída. A primeira questão é encontrar as fontes ancestrais dos costumes de organização legal oriundas das etnias africanas que compuseram a incipiente nação brasileira do século XVI e XVII. Tarefa nada fácil diante não só da imensidão de reinos de onde vieram, como também do descomunal desconhecimento histórico sobre a África e seus costumes que foram implantados na cultura brasileira.

Quando falamos em desconhecimento da quantidade numérica das entradas de escravizados em nosso território ocorre o nexó histórico com a Proclamação da República em 1889, pois, ainda que não tenha sido sua causa principal, a abolição da escravatura

18. “...devemos atender às circunstâncias especialíssimas que entre nós modificaram ou atenuaram os males do sistema. Desde logo salientamos a doçura nas relações de senhores com escravos domésticos, talvez maior no Brasil do que em qualquer outra parte da América.”

em 1888 foi um dos motes que levaram as classes dominantes agrícolas a apoiar um movimento militar contrário ao fim do império brasileiro. Estas mesmas classes dominantes na defesa de seu patrimônio, pois que os escravizados eram considerados semoventes dentro das contabilidades de seus “senhores”, há muito lhes protelava sua libertação em busca de indenizações pela desmobilização de seus patrimônios. Razão pela qual uma das primeiras ordens da república, sob a alegação de apagar as manchas que ficariam em nossa história, foi a destruição de toda a documentação referente aos registros fazendários relativos à entrada dos escravizados no Brasil. Havia, nesta época, uma visão pós-emancipacionista de que os povos negros com o tempo miscigenariam com as outras raças e em breve não mais existiriam, teríamos, então, apenas mulatos em fase de “embranquecimento” ocupando nosso território. Doutrina que permitiu até meados do século XX que os livros escolares brasileiros lecionassem sobre a “inferioridade” dos povos negros (ALMEIDA, 71)¹⁹. Desta forma pouca foram as contribuições históricas para que buscássemos indícios de ordenamentos ou costumes que pudessem colaborar com a formação de um direito aplicado aos diversos povos africanos que aqui habitavam. Desta forma até o século XXI, quando a Lei nº 11.465 de 10 de março de 2008 instituiu o ensino obrigatório sobre a cultura afro-brasileira em nossos colégios²⁰, houve um imenso silêncio acadêmico sobre questões relativas à cultura africana.

4.3 Os povos negros como fonte de direitos

Nina Rodrigues, o primeiro estudioso do assunto, para ilustrar nossas afirmações da ausência de uma percepção humano-filosófica do papel dos povos negros na formação do direito pátrio, transcreveu texto de um artigo do afamado intelectual brasileiro Sylvio Romero, publicado em 1881, denominado: A emancipação dos escravos, publicado na Revista Brasileira: “Não há exemplo de uma civilização negra. A única civilização africana, a do Egipto, era branca, do ramo cushcitosemita, e ainda hoje nos baixos-relevos e antigas pinturas egypcianas se nos deparam, ao lado dos bellos typos brancos, os seus escravos negros com a mesmas physionomia dos actuaes pretos do Darfur... A Africa esteve desde a mais remota antiguidade em contato

19. “No caso do Brasil, o racismo contou com a inestimável participação das faculdades de medicina, das escolas de direito e dos museus de história natural...”

20. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”.

com os egypcios, persas e gregos, romanos, phenicios, carios e arabes, e o negro nunca chegou a civilisar-se! Há quatro séculos está em contato com os modernos povos europeus e continua nas trevas” (RODRIGUES, 1938, fls. 153).

Sob este peculiar prisma de visão do mundo, muito próprio do positivismo, Nina Rodrigues, iniciou a impressão de seu livro *Os Africanos no Brasil* em 1906, ano que veio a falecer, tendo ocorrido sua primeira publicação somente em 1932, sendo esta obra um exemplo das posições doutrinárias sobre a participação dos povos negros em nosso ordenamento legal. Nesta seara apresentamos um texto que resume bem a linha apresentada no que tange à percepção do autor: “De ambos aspectos²¹ tenho considerado em meus estudos sobre a criminalidade negra no Brasil. Acho que a reversão atávica é uma modalidade de degeneração psíquica, de anormalidade orgânica que, quando somatizada na falta de adaptação do indivíduo à ordem social, adotada pela geração à qual ele pertence, ou, para utilizar uma expressão que Tobias Barreto muito apreciava, quando se corporizou na inadaptação às condições existenciais de uma sociedade, que é a sua, constitui a criminalidade normal ou ordinária.” (...) “A sobrevivência criminal, é, por outro lado, um caso especial de criminalidade, que se poderia denominar étnica, resultante da coexistência em uma mesma sociedade, de povos ou raças em fases diferentes de evolução moral e jurídica, de modo que aquilo que ainda não é imoral ou antijurídico para uns, deve já ser para outros. Desde 1894, insisto no contingente que muitos atos antijurídicos dos representantes das raças inferiores, negra e vermelha, prestam à criminalidade brasileira, os quais contrários à ordem social estabelecida no país pelos brancos, são, ainda, perfeitamente legais, morais e jurídicos, considerando-se do ponto de vista de quem os pratica” (RODRIGUES, 2008, fls. 245/6).

Situados sobre o norte doutrinário em que se orientava o pesquisador restará mais fácil entender suas percepções sobre a criminalidade, ainda que cientificamente colhidas sob a influência do positivismo²². Nina Rodrigues pesquisou dados em uma penitenciária da Bahia durante oito anos, e após a devida sistematização concluiu que os povos negros cometiam muito mais crimes de que os oriundos de outras raças. Conclusão distantes mais de um século que já não encontram amparo científico, pois temos como notório que o sistema do século XVIII estava voltado para a contenção da população menos favorecida que agia em detrimento da segurança da classe dominante branca, fato muito peculiar à formação do tipo lombrosiano, mas que

21. Trata sobre o atavismo e a sobrevivência, elementos de seus estudos de psicopatologia social.

22. Cesare Lombroso revolucionou o estudo da criminologia com seus estudos sobre a predisposição física como pressuposto da formação dos delinquentes. Tendo como obra mais importante: O homem delinquente, que era justamente um estudo realizado no sistema penitenciário italiano.

muito demorou para ser desconstruído cientificamente. Apresentando, ainda, uma percepção de que os africanos implantaram, ou melhor, trouxeram para o Brasil o sistema “taliônico” de justiça, pois era este o ordenamento que lhes regia em sua terra distante, sendo aplicado automaticamente pelo ofendido ou em cerimônias sociopolíticas pelos seus líderes comunitários. Uma percepção formada através dos relatos de viajantes ao continente africano e talvez pela compra de escravos de seus próprios líderes (*Sobas*).

Sobre os valores materiais conferidos aos bens privados como bens jurídicos dentro do contexto do ordenamento legal, podemos citar do mesmo autor: “O conceito de direito de propriedade das sociedades africanas dá segundo meu ponto de vista, a justificativa moral de enorme número de crimes praticados pelos negros brasileiros. Dos negros americanos, sobre este assunto escreveu Thomas (?) “Furtos de coisas grandes ou pequenas não são uma ofensa culposa aos olhos dos libertos e o ladrão preto não é para eles um objeto de aversão, senão quando o ato criminoso é praticado contra a sua própria pessoa ou bens; nesses casos, eles são os mais prontos a denunciar o crime e os mais vociferadores na condenação do criminoso” (RODRIGUES, 2008, fls. 247)”. Antes de termos como comprovado nesta observação uma manifestação especial de egoísmo criminoso, como Rodrigues entendia, podemos analisar como sendo as mesmas inerentes a um estágio da evolução jurídica relativa às culturas diferentes, no qual não há responsabilidades individuais nos crimes praticados contra os representantes das pessoas ou tribos diferentes ou mais ou menos distintas. Então, os atos são só qualificados como criminosos e só lhes ferem a consciência jurídica se praticados contra membros de uma mesma comunidade ou quando lesam comunidades estranhas.

Em um patamar diferenciado de percepção cultural os estudiosos do final do século XX começaram a interpretar a formação dos quilombos, os centros de convivência habitacional estabelecidos entre escravizados fugidos do domínio de seus “senhores”, como um ponto de reminiscências culturais trasladadas dos reinos distantes. Uma obra essencial para a compreensão desta temática é o Reino Negro de Palmares, escrita por Mário Martins de Freitas que narra desde a formação do maior quilombo brasileiro até o seu ocaso, onde podemos encontrar uma citação atribuída ao historiador Rocha Pombo, em sua História do Brasil, que muito poderá nos ajudar quanto à existência de um sistema de direito diferenciado da imputação intelectual apresentada acima: “No Quilombo, e nas aldeias rurais que os circundavam, havia uma ordem perfeita. A dignidade de rei era eletiva, mas vitalícia. Em regra, escolhiam-se os mais valentes e mais considerados entre os grandes chefes militares, fossem puros africanos, fossem mestiços. Contra esta regra, o mais que se dava é que escolhiam para os quilombos secundários quase sempre parentes do rei mais poderoso. O que é notável como significativo

do sólido espírito de disciplina que souberam os negros guardar naquela independência, é que se não davam competições entre chefes, nem consta que “matassem um para entronizar outro” – Abaixo imediatamente do rei ficavam os capitães da milícia e certos altos funcionários, encarregados de manter a ordem interna. Atribuem-se ainda a instituição de tribunais para a alta justiça (a que excedia à simples alçada da autoridade doméstica ou patriarcal). O seu código era muito rigoroso contra o adultério, o homicídio, o roubo e a deserção. Todos estes crimes eram punidos de morte. Os escravos fugitivos que se apresentavam espontaneamente, pedindo asilo em qualquer quilombo, eram aceitos como homens livres, mas continuariam no cativeiro os que fossem apanhados à força nos engenhos e nas habitações dos brancos. Não se tolerava a feitiçaria. Estes princípios eram invioláveis: e todos os habitantes do quilombo eram interessados em que fossem sempre escrupulosamente cumpridos qualquer que fosse o criminoso” (FREITAS, 1988, fls. 173)

Trata-se de fatos históricos do século XVII quando foram formados agrupamentos que alcançaram cerca de vinte ou trinta mil habitantes distribuídos em unidades individualizadas, porém interdependentes em sua organização sociopolítica. Um fenômeno social que durou mais de sessentas anos e que exigiu uma enorme operação militar para ser combatido e finalmente desmantelado. A história narra outros quilombos tão grandes, mas com duração temporal bem inferior, podendo-se citar o quilombo dos *Ambrósios* em Minas Gerais. Quilombos que atravessaram os séculos e que foram definidos no Estado do Rio de Janeiro, pelo historiador Flávio Gomes como Hidras em alusão a figura mitológica da Hidra de Lerna, pois por mais que o poder central os combatesse, graças à resistência do povo quilombola logo que uma unidade quilombola era destruída ressurgiam com outra em lugar diferente.

Feitas estas considerações primordiais, podemos atentar para o indício da existência de uma organização voltada para a manutenção do ordenamento legal dentro da tradição africana que foi trasladada para a terra brasileira, e, ainda que a literatura insista em negar sua existência, nos resta claro que, dentro de condições apropriadas para sua instalação e desenvolvimento, certamente, nos quilombos poderia ser implantada e devidamente observada. Rocha Pombo ao indicar uma distribuição de justiça igualitária, talvez somente estivesse reproduzindo um conceito geral, sendo fato notório que toda regra possui exceções. As classes dominantes, por certo, deveriam possuir privilégios na execução das punições (penalidades), ou mesmo para o cometimento de certas proibições, afinal estamos apreciando uma tradição trasladada do continente africano onde os líderes possuíam poderes excepcionais sobre seus súditos. Não havendo dúvidas de que, infelizmente, nesta relação entre valores culturais diversos (valores dos povos africanos em face dos valores dos brancos conquistadores e escravocratas) prevaleceu o sentimento de coisificação dos valores africanos. Razão pela qual não ousamos

indicar qualquer contribuição formal ao desenvolvimento do direito, mas, sem dúvida podemos acreditar que a maior contribuição foi o clamor pela positivação do direito fundamental da liberdade, que talvez nunca tenha sido conhecido por grande parte deles, mesmo em sua terra natal, mas que viria a se tornar um só clamor por todos que aqui vieram construir o Brasil.

4.4 O estado do direito europeu

Quando falamos em direito fundamental é preciso definir historicamente que estávamos em um período progressivo na formulação dos conceitos de direito, e que não muito longe do Reino em um período de reformulação geográfica de uma Europa em transformações pós-guerras, surgiam as primeiras obras expressivas da difusão do direito natural, entre elas, com papel preponderante no pensamento evolucionista do direito a obra de Hugo Grotius: O direito da guerra e da paz. Em que pese a essência da obra estar voltada para o direito internacional público, há uma intensa preocupação na discussão de pontos essenciais dos direitos naturais, todos extraídos das máximas tomistas e da literatura ibérica da segunda escolástica, com predileção por Francisco Suarez, assim como através de personalíssimas interpretações avançadas dos ditames evangélicos. Transparecendo por certo que o autor tivesse a consciência de que estes direitos precisavam do assentimento da positivação formal para serem finalmente aceitos e reconhecidos no ordenamento de sua época.

Grotius apresentou uma doutrinação fascinante sobre muitos aspectos da pena e de sua execução, apresentando princípios que ainda estão inseridos como fundamentais em nosso direito penal moderno, tais quais a *intranscedência* da pena aos seus descendentes e demais parentes; proporcionalidade da pena etc. No entanto o que nos interessa para desenvolvimento de nossa argumentação de pesquisa é o capítulo elencado como: “A pena tem por objeto a utilidade do delinquente e ela pode ser exigida naturalmente para qualquer pessoa, embora com uma distinção”, de onde extrai-se um pequeno texto para traduzir fielmente seu pensamento. “Vale a pena ver pela correção que se faz de boca que a punição tende a esse fim é naturalmente permitida a toda pessoa de espírito sadio e que não é presa de vícios da mesma espécie ou similares. Repreender um amigo por uma falta que o merece é um ato que se cumpre sem ter a missão, mas que é útil na vida”(Tomás de Aquino) A respeito dos golpes e outras coisas que contêm a coação, a diferença entre as pessoas às quais isso é ou não permitido, não é feito pela natureza(...) mas é pelas leis que, para evitar rixas, restringiram essa parentela comum

do gênero humano aos mais próximos afetivamente, como se pode ver tanto alhures quanto no código de Justiniano, sob o título de *De emendatione propinquarum* (IX, 15), ao qual se referem essas palavras de Xenofonte a seus soldados; “Se bati em alguém para seu bem, devo ser punido como um pai que castiga seus filhos ou um mestre seus discípulos. É também para o bem que os médicos cortam e queimam” (...) (GROTIUS, 2005, fls. 795). Esta doutrina, tão impregnada de valores humanistas, não foi aplicada pelo despotismo lusitano e nem ao menos, acreditamos, tenha sido divulgada pelos aplicadores da lei na colônia distante, ainda que fosse conhecida e combatida em assuntos mercantis que envolviam os interesses da Coroa. Quanto aos pontos do remoto direito natural, principalmente na colônia, havia de se ter certo distanciamento da teoria para a prática, pois aqui vivia-se em um momento histórico com características muito especiais.

4.5 O incipiente sistema prisional

Para Arno e Maria José WHELING (2005) o período colonial estava afetado por um estado de criminalidade díspar, consequência natural de um enorme conjunto de fatores históricos e sociais que criavam características próprias à jovem nação que se formava. Podemos enfatizar, entre tantos elementos, principalmente o círculo de desrespeito que incluía a figura humana, havendo uma segregação entre a população local (colonizadores e colonizados). Havendo, também, um estado de ganância que imperava no determinismo do desenvolvimento econômico, elemento este que “coisificava”²³ os valores das relações humanas em decorrência da busca do resultado financeiro rápido. Este estado histórico refletia-se diretamente na organização sociojurídica da colônia

23. *Los conceptos de cosa y de persona pueden considerarse, desde el punto de vista histórico, como conceptos em los cuales se expresan ciertas “concepciones del mundo” previas a las varias filosofías alojadas em cada una de ellas. Em um cierto sentido del vocablo cosa puede decirse que el pensamiento griego clásico tendió hacia el “predominio de la cosa”. Esto equivale al predominio de um pensar de tipo “cosita” y substancialista. Aunque se admitiera que la realidad verdadera nos es de naturaleza sensible, sino inteligible, se hablaba com frecuencia de ésta em um lenguaje calcado sobre “las cosas”. El concepto de persona, em cambio, va introduciéndose a medida que se reconocem tipos de realidad no reductibles a lo fijo, a lo estático, a lo exterior, a la figura, etc. (José Ferrater Mora; Diccionario de Filosofía)*

criando estruturas formais e informais que se adaptassem aos sistemas temporais e pudessem de forma célere apresentar as respostas devidas. Situação bem elucidada na percepção da obra *Formação do Brasil Colonial* escrita pelos Wheling: “O crime e a violência, na sociedade colonial, faziam parte da vida cotidiana, num grau frequentemente maior do que em outras sociedades contemporâneas. Para repressão ao crime havia duas justiças paralelas: a oficial, representada pela máquina judiciária estatal, e a privada, exercida pelos proprietários rurais em seus domínios, ou mesmo fora deles. A primeira concentrava-se em poucas cidades e vilas mais importantes das capitânias, cabendo recursos que protelavam as decisões e *às vezes as remetiam para Lisboa. A outra, implacável, sempre irrecorrível, era baseada no poder incontestado dos régulos locais e fruto do mandonismo*” (WHELING. 2005, fls. 274).

A modalidade informal, ou justiça paralela, ainda que fosse legitimada pela competência inicial deferida aos “senhores” das capitânias, com a chegada do Governador Geral em 1549, passou a ser exercida pelos ‘senhores de engenho’ e posteriormente pelos latifundiários e “barões do império”. Ainda que esta justiça dos poderosos senhores da colônia guardasse uma leve essência dos princípios evolutivos do sistema do direito penal, nada mais era do que um verdadeiro simulacro de justiça, pois tendo como resultado esperado a manutenção da ordem territorial, nunca encontrava dúvidas em seus julgamentos. Por suas características não muito distantes do sistema de talião, tão solenemente imputado pelos intelectuais da história aos nossos povos originários e aos povos afro-brasileiros, não podemos nos ater em suas contribuições para o entendimento da formação de nosso sistema penitenciário.

Destarte, passaremos a elucidar a formação da estrutura penal e conseqüentemente da estrutura do sistema penitenciário no período colonial, tendo como ponto de referência que os interesses da Coroa encontravam sérios empecilhos diante das dificuldades infringidas pela onda de violência que tomava de assalto a Colônia. A Colônia vivia em condições de extrema desigualdade econômica, por isto a “máquina administrativa” portuguesa, para cá transferida, se sediava onde havia produção, riqueza, e, sobretudo impostos a coletar. Neste período específico do século XVII as instituições administrativas basicamente encontravam-se organizadas na região nordeste, o resto do país contava tão somente com o governo local que com franca autonomia administrava a comunidade. Segundo Nelson Omegna “O fato de serem pequenas e pobres, isolou a grande maioria de vilas coloniais do jugo próximo e duro da dominação, isentou-as da presença de autoridades ádvenas arbitrárias e pesadas nas exigências sobre a eco-

nomia e dignidade das populações, e deixou-as, não só estranhas aos sentimentos de xenofobia, que floresce nos centros onde o português de torna competidor privilegiado na concorrência como nativo, mas também, imunes à sensação de dominadas, suas populações não tomam consciência da condição de súditos” (OMEGNA, 1971, fls. 39). Muito embora no século XVII ainda estivéssemos condicionados a este convívio comum das pequenas vilas organizadas precariamente tanto em seu aspecto físico como administrativo, a Corte portuguesa, sancionou em 28 de abril de 1681 um alvará que tratava do Regimento dos Carcereiros, onde podemos extrair um princípio de direcionamento à execução do sistema penal essencial ao entendimento da forma como foi traçado o arcabouço de nosso sistema penitenciário.

A introdução aos objetivos do Alvará é o ponto crucial para entendermos que, não era somente a colônia que passava pelo agravamento das condições da criminalidade, no Reino também podia verificar-se que a criminalidade estava se infiltrando no próprio sistema legal, corrompendo as autoridades constituídas em desfavor da ordem legal. Razões pelas quais passamos a transcrever seu conteúdo integral apresentando-se a introdução, onde tornam-se evidentes os indícios da ruptura da situação de normalidade das estruturas e desta forma demonstrando a consequente apreensão pela qual passava o sistema penitenciário: “Faço saber aos que esta Lei, e novo regimento virem, que mostrando a experiência ser necessário acudir com prompto remédio aos danos, que se seguião à administração da Justiça, e ao governo de meus Reinos e senhorios, das licenças, que os Carcereiros concedião aos presos, e da facilidade, com que por descuido e ambição dos mesmos Carcereiros fugião das Cadêas, por não serem bastantes as penas impostas pela Ordenação e Leis Extravagantes, para os refrear desta culpa, prevenindo a sua malícia meios, com que ou por falta de prova, ou pela maioria do interesse, que lhes resultava das ditas licenças, frustavão o intento das ditas Leis, mandei publicar outra de 13 de julho de 1678, pela qual acrescentando as ditas penas, e dando mais fácil lugar às provas, ficasse este delicto com castigo, quando para o evitar não tivesse toda a força o temor” (PIERANGELI, 2001, fls.221)

Ainda no texto da introdução já em seu segundo parágrafo o Príncipe Regente apresenta uma bem elaborada incursão doutrinária na Teoria da Pena, ainda que muito longe, como dissemos anteriormente, das propostas do direito natural teorizado por Hugo Grotius, mas, que apresentavam, principalmente os seus objetivos práticos diante da criminalidade: “Mas porque em tão grandes danos mostra a mesma experiência serem necessários maiores remédios, e seja própria obrigação da Justiça não sómente

castigar os delictos depois de commettidos ; mas prevenir as causas, pelas quaes mais ordinariamente se commettem, para que não succedão; tomando a considerar esta matéria com todas as atenções, que Ella pede, houve por bem fazer esta Lei, e novo Regimento, para com elle dar fôrma à eleição das pessoas, que houverem de servir de Carcereiros, determinar o interesse justo deste Officios, convidar com a esperança do premio aos bons, e castigar com maior severidade aos maus” (PIERANGELI, 2001, fls.221)

Tomamos, ainda, como do *modus operandi* de nossos agentes do embrionário sistema penitenciário, as observações dos parágrafos sétimo e oitavo, que tratam da administração penitenciária, relativos ao registro e guarda dos presos: “Em todas as Cadêas se farão Livros novos, para nelles, se escreverem os Assentos, assim dos presos, como dos que forem soltos, com clareza do dia, mez e anno, em que as prisões e solturas forem ordenadas: e nestes Livros assignarão não sómente os Officiaes que entregarem os presos, mas juntamente com elles os mesmos Carcereiros: esta mesma fôrma se observará com os presos, que por algum incidente, e ordem de qualquer Ministro, se mudarem de humas Cadêas para outras: e quando succeda, que para alguma diligencia de meu serviço se mandem buscar das Cadêas alguns presos por Ministros, que para isso tenham jurisdição, se fará nos mesmos Livros semelhante declaração, e assento do dia, em que forem, e da ordem dos taes Ministros” (PIERANGELI, 2001, fls.222).

Nesta continuidade temática da fixação da sistemática do registro da população prisional, nos parece muito peculiar a forma de punição infringida aos Carcereiros pelas infrações administrativas: O degredo para o Brasil: “Estes Livros, que hão de ser rubricados na fôrma do estylo, serão obrigados a entregar os Carcereiros, que por algum acontecimento deixarem de servir, aos que de novo forem providos, ainda que seja per breves dias, fazendo-se termo da entrega, que assignarão nesta cidade os Corregedores da Côrte e na cidade do Porto o Corregedor do crime da Relação; e nas mais Cadêas do Reino os Ministros, que tiverem por seus cargos esta obrigação. Não observando os Carcereiros esta fôrma, em qualquer dos sobreditos casos ordenada, serão castigados em perdimento dos Officios, e em degredo para o Brazil, a arbítrio dos Juízes” (PIERANGELI, 2001, fls.222).

O sistema penitenciário estabelecido por meio deste Alvará, assim como a Ordenação Filipina, traduziam claramente os elementos delimitadores da estrutura penal da época, onde um pesquisador do futuro poderia interpretar como sendo este regido por um sistema drasticamente piorado de *Talião*, pois a responsabilidade penal imposta aos agentes do sistema prisional era nitidamente desproporcional aos seus erros, ainda que seja pela ótica de análise do nosso ordenamento contemporâneo, tais as normas expostas

nos parágrafos nono ao décimo primeiro: “Todos os Carcereiros e Officiaes de Justiça, que tiverem por sua conta a guarda dos presos, e deixarem fugir algum por dinheiro, ou peita, que lhes der, ou promessa, que lhes faça, ou o preso seja por crime, ou por cível, ainda que não steja em condemnação, morrão morte natural; porque neste caso não só comettem erro grave de seu Offício, mas o crime de furto, e He razão que tenham pena, que satisfaça huma ou outra culpa.” (...) “Sucedendo, porém, a fugida por dolo, ou culpa dos Carcereiros, ainda que não seja por dinheiro, peitas, ou promessas, sendo por crime, se executará nelle a mesma pena que havia de ter o réo fugido; e sendo por dívida cível, pagarão a parte todo o interesse, e mais serão degradados cinco annos para o Brazil: e terão degredo a arbítrio dos Juizes, e no cível serão obrigados à satisfação das partes nos termos do Direito.” (...) “Dando licença a algum preso para sahir fora da prisão supposto que para Ella torne, ou seja a causa do crime, ou cível, serão degradados quatro annos para o Brazil; e sendo achado fora da Cadêa, se lhes dobrará o degredo; porque destas licenças, principalmente se os presos são achados fora da Cadêa, He consequencia o fugirem, e quando não fogem, espaão com ellas no crime o tempo de seus livramentos, além da offensa da Justiça, e no cível a execução das partes” (PIERANGELI, 2001, fls.222).

Esta singela legislação do Século XVII, realmente, foi o marco normativo das organizações do sistema em nossa colônia brasileira, seja, a princípio, pela ausência de prédios públicos com estrutura suficiente para a implantação das cadeias, seja pela ausência de normatizações específicas que orientassem as Câmaras das Vilas para que mantivessem um sistema prisional devidamente organizado. A importância histórica deste embrião Alvará será ressaltada e demonstrada em sucessivas corroborações aos estados normativos das épocas, como fontes teóricas, assim como das notícias históricas extraídas das narrativas dos viajantes das épocas, que nos farão entender a prática efetivamente aplicada das normas formais. As quais em momento histórico próprio serão efetivamente integradas a este estudo acadêmico.

4.6. As punições extremas

Quando apresentamos as punições infringidas aos Carcereiros e Officiais de Justiça pelo cometimento de crimes em face de recebimento de subornos ou peitas²⁴, encontra-

24. Do Latim pactum (pacto, donde condição de um pacto) mas, no sentido técnico do Direito Penal, é o vocábulo empregado para exprimir o acordo ou o ajuste, de caráter ilícito, em virtude do qual, mediante paga ou promessa de pagamento, a outra parte praticará ato em violação aos deveres que lhe

mos uma penalização extrema denominada pena de morte natural, e para prosseguirmos em nosso objetivo analítico das relações penais e penitenciárias do século XVII, vamos abrir um breve parêntese textual, para discorrermos sobre estas punições, quando então retomaremos ao encadeamento lógico para apreciarmos o posicionamento dos habitantes da época com relação à crueldade destas penas.

Um breve apontamento sobre a relação das multidões com as punições, ainda que não fossem tão grandes assim no Brasil, pode ser extraído da obra de Jose Mas Godayol, referindo-se à organização social europeia do século XVIII: “*Durante todo El lapso de tiempo que va de comienzos de La historia hsta principios Del diglo XVIII, las ejecuciones se realizaron em público para que ello sirviera de escarmiento y de freno a los probables futuros delincuentes.*” (...) “*Enormes mutitudes, entre lãs que abundaban las mujeres y lós ninos, acudían a presenciar las ejecuciones. Pero estos espectáculos, lejos de inspirar um saludable temor em los concurrentes y de crear em ellos motivos de alejamiento Del delito, se convertían em repugnantes orgias em las que reinaba el mayor desenfreno, y em poços países las ejecuciones em público dieron lugar a tan escandalosas escenas, como em La Inglaterra Del siglo XVIII.*” (GODAYOL, 1965, fls. 31). Informações que resguardadas as devidas proporções poderiam exprimir a percepção doutrinária que face aos repugnantes espetáculos infringidos pelo poder constituído criaram um crescente sentimento crítico da valoração à punição pública dos infratores da Lei.

Em nosso ordenamento legal, as Ordenações Filipinas, no livro V, título CXXXVII, tinham como finalidade regular as execuções das “penas corporaes”. Disposição normativa que envolvia não tão somente a execução da pena de morte, mas, também, as que “*lhe cortem algum membro*” (PIERANGELI, 2001, fls.210). Havia um evidente cunho religioso aplicado ao procedimento legal, pois havia a determinação expressa de que houvesse um lapso temporal entre a condenação e a execução da pena, para que o condenado pudesse confessar e comungar. Assim como recomendação para que fosse assistido por religiosos para “os consolarem, e animarem a bem morrer” (...) “esforçando os com palavras, com que morram bons Christãos, e recebem a morte com paciência” (PIERANGELI, 2001, fls.210)

Com relação à execução propriamente da pena de morte, Eugênio Zaffaroni e Nilo Batista, apresentam uma excelente elucidação de suas modalidades, com uma divisão singular das formas de morte: “Morte Cruel: a vida era tirada lentamente, entremeada de suplícios. Muitas vezes, a escolha do meio de tornar mais sofrido o passamento do

são impostos. (In:Silva, de Plácido; Vocabulário Jurídico: 2ª Ed., 1967, Editora Forense, São Paulo)

réu escapava ao controle do juiz ou do executor; Morte atroz: nessa, acrescentavam-se algumas circunstâncias agravantes à pena capital, como o confisco de bens, a queima do cadáver, o seu esquartejamento e até a proscricção de sua memória; Morte simples: esta representava apenas a perda da vida e era executada mediante degolação, enforcamento, este reservado para as classes mais humildes, porque era tido como infamante; Morte civil: com esta pena, eliminavam-se a vida civil e os direitos de cidadania” (ZAFFARONI-BATISTA, 1999, fls. 206). Muito intrigante é a expressão “morte natural para sempre”, que seria uma expressão não ortodoxa de morte atroz, mas que na prática histórica consistia em condenação que o apenado, após seu suplício, fosse mantido pendurado na corda da forca até o próximo dia dos mortos (dois de novembro). Sobre estes pobres coitados, condenados à morte natural para sempre, que deveriam aguardar até o dia dos mortos por obra da norma legal para que lhes fosse dada sepultura a seus ossos, conforme as sagradas tradições cristãs é que o Padre Antônio Vieira subiu ao púlpito da Igreja da Misericórdia na cidade de Salvador, Bahia, em 1637, e pregou com a maestria que lhe rendeu um lugar na história da oratória sacra, o Sermão ao Enterro dos Ossos dos Enforcados²⁵, onde evidencia-se o costume da espetacularização da morte como

25. VIEIRA, Antônio. *Sermões*. Erechim, Rio Grande do Sul: Edelbra, 1988, Vol II, p. 232 e 237. “*Não sou muito amigo de autoridades, porque raramente se podem ajustar com quem disser o que não está dito. Ouçamos, porém, a de Santo Ambrósio, que melhor e mais altamente que todos tocou este ponto. Naquele seu famoso livro, eu intitului De Officis, falando da sepultura dos mortos, diz que entre todos os benefícios que pode fazer a piedade humana, este é o mais excelente: Nihil hoc officio praestantius. Outros diriam que maior benefício e maior obra de misericórdia é sustentar os pobres e remir cativos, porque a uns dá-se a vida, e a outros liberdade. Contudo, este grande doutor da igreja, e mestre de Santo Agostinho, diz que dar sepultura aos mortos, ainda da parte de quem recebe o benefício, é o mais excelente de todos, e dá a razão: Nihil hoc officio praestantius, ei conferre, qui tibi Jam non potest redderes: è – diz – o mais excelente de todos porque é o benefício feito a quem o não pode pagar; eu acrescentara, nem dever.*”

“*Todo homem que acaba a vida pendurado de um pau é maldito – Alude o Apóstolo ao capítulo vinte e um do Deuteronômio, onde a lei divina pronuncia a mesma maldição com palavras ainda de maior horror: Malecictus a Deo est, qui pendet a ligno (Dt. 21, 23) o homem que morre em um pau, não só é maldito, senão maldito de Deus – Sentença verdadeiramente horrenda, e que só se pode entender por encarecimento da infâmia e abominação de tal gênero de morte. Eram condenados a este suplício não todos os delitos, senão os mais graves e atrozes, como o latrocínio, o homicídio, a rebelião, a blasfêmia, e não diz a lei que são malditos de Deus os ladrões, os homicidas, os sediciosos, os blasfemos, senão os que morrem pendurados em um pau (...)*”

função preventiva geral da pena diante dos membros da comunidade.

Com todos os predicados de sua época e condição clerical por certo que o Padre Vieira não se utilizaria de figuras mitológicas ou meramente narrativas do período grego, mas se quiséssemos trazer um ponto de referência para a defesa destes pobres insepultos, bastaríamos lembrar da tragédia grega Antígona, imputada a Sófocles no V século antes de Cristo, onde a protagonista Antígona luta contra um ordenamento legal proibitivo prolatado por Creon, Rei de Tebas, para poder enterrar seu irmão Polinices, decretado traidor e portanto devendo restar insepulto, mesmo sob a sanção da pena de morte Antígona agiu de acordo com o que chamava de direito divino ou natural “El Rey parece creer que su cetro legitima cualquier orden. Los Jovenes, em cambio, piensan que existen limites dados por aquellas normas superiores.” (RABINOVICH-BERKMAN, 2007, fls. 76). Sendo este, com respeito às *superiores*, o mesmo princípio de direito natural sustentado por Grotius já no século XVII.

O tema divergente era a espetacularização da execução da pena, incluindo-se nesta vertente o sadismo grosseiro com que era aplicada, não devemos nos confundir com a discussão sobre o direito do Estado em aplicar a pena, pois até as fontes do pensamento do direito natural que embasaram a doutrina de Grotius, mais especificamente na obra de São Tomás de Aquino, de uma maneira direta servem até aos dias de hoje para a defesa da continuidade desta punição extrema. Alegações que podemos vislumbrar na obra do padre Emílio Silva, ferrenho defensor da pena de morte no século XX no Brasil: “São muitos os lugares de sua obra em que o santo Doutor aborda de propósito ou incidentalmente a grave questão da licitude da pena capital. Na Suma Teológica dedica uma questão, com oito extensos artigos, a elucidar os diversos aspectos e problemas que sustenta o homicídio. (...)” “Na Suma contra Gentiles, em consonância com o caráter marcadamente racional e especulativo desta obra, ordena o santo Doutor uma série de argumentos para demonstrar o valor da exemplaridade e de reparação da justiça lesada que a última pena encerra” (CASTRO, 1976, fls. 76).

Todavia podemos afirmar que estas defesas da implantação da pena de morte, sem nem ao mesmo examinarmos o caráter constitucional impeditivo em face de cláusulas pétreas, não estão em consonância com o desenvolvimento histórico de nosso ordenamento penal. Podendo-se citar, que um marco muito importante na busca da humanização da pena de morte, com busca indireta, ou inconsciente de sua cessação foi a determinação imperial, no início do século XIX da não execução da sentença

antes da apreciação do Imperador para possível aplicação do Perdão. Tema ao qual voltaremos em uma discussão mais profunda quando estivermos tratando das evoluções normativas do século XIX.

Criaram-se vários artifícios para ludibriar-se o ordenamento legal e efetuar-se a execução da pena de morte sem a devida apreciação do perdão pelo Imperador, um dos quais aconteceu durante a denominada Guerra do Paraguai (1865/1870). Conforme se depreende da obra narrativa-histórica do Marechal Dionísio Cerqueira: “(...) aqueles dois homens iam ser castigados, por terem atacado um oficial estrangeiro. Dizia-se que o crime estava prescrito no 18º artigo de guerra, e que a pena era capital. O mesmo crime, na Roma antiga, era punido com chibatadas até a morte fuste verberati fustuarium.” (...) “Iam ser arcabuzados, sem a sanção do Imperador? A aplicação do castigo nos exércitos deve ser pronta. A demora enfraquece a autoridade; e quando o processo se arrasta em longas discussões e chicanas forenses, quando são esquecidos e postos à margem os sãos e nobres preceitos disciplinares, torna-se ridículo, como ofensa do que a vida militar tem de mais belo e nobre e constitui a sua grandeza: a disciplina, a subordinação e o respeito mútuo entre superiores e inferiores” (CERQUEIRA, 1980, fls. 91). Mas na verdade receberam a pena/punição de mil e oitocentas “espadadas de prancha”, uma ardilosa maneira de aplicar-se a pena capital, sem a necessidade da sanção imperial, pois narra o autor que a antes do final da aplicação das espadadas, um terrível suplício assistido por toda a tropa, o médico do regimento já tinha atestado a consumação de suas mortes.

Em que pesem todos os artifícios utilizados para a aplicação da pena de morte como forma punitiva com finalidade intimidativa, principalmente contra os escravizados, perpetuando-se a penalidade extrema em detrimento dos abrandamentos legais, a consciência da população como elemento histórico foi quem extinguiu este terrível flagelo de nosso ordenamento legal. O professor João Luiz Ribeiro em sua obra, que ousamos classificá-la como definitiva como estudo sobre a pena de morte civil no Brasil, traz uma elucidativa apreciação quanto às manifestações populares contrárias aos terríveis espetáculos que eram oferecidos nas cidades e vilas do Brasil. A posição acadêmica, que perdurou por muitos anos no Brasil, de que a última execução teria sido um erro judiciário cometido no estado do Rio de Janeiro contra o fazendeiro Motta Coqueiro, a “fera de Macabu”, e que este erro, descoberto pouco tempo depois, teria convencido o Imperador Pedro II, juntamente com os argumentos filosóficos da Europa de então, principalmente discutidos com o escritor Victor Hugo e com

o professor de direito da Sourbonne Adolphe Franck não deve prosperar. Pois de acordo com a obra de João Luiz Ribeiro, a última execução legal determinada pela justiça civil no império do Brasil ocorreu em 28 de abril de 1876 na cidade de Pilar no Estado de Alagoas com o enforcamento do escravo Francisco.

Sendo este fato um elemento histórico jurídico fundamental para a construção de nossa linha de pensamento, formador da hipótese da evolução do pensamento legal, principalmente no que tange à inserção do princípio fundamental da igualdade como indicador de nossos rumos penais e penitenciários, apresentando-se um trecho extraído do diário do professor francês, relativo às impressões de D. Pedro II, sobre a temática da pena de morte; “Voltei a Vê-lo pouco tempo depois e conversamos longamente sobre a pena de morte. Ele sabia que eu me ocupava desta questão, que dela eu tinha tratado com maior ou menor extensão em um de meus livros e no jornal de Débats, e que não via o cadafalso como uma instituição imutável. Ele declarou-me que concordava inteiramente comigo, e que sem ousar propor ao Parlamento a abolição imediata da pena capital, ele usava de seu direito de graça para conceder uma comutação de pena aos criminosos que a justiça de seu país condenava à morte. Ao mesmo tempo, confia-me que nutria a esperança de trazer notável suavização às leis criminais do Brasil.” (...) “E aqueles que não são culpados, ousei perguntar-lhe, e que, entretanto, estão sujeitos, de acordo com a lei, a todos os sofrimentos que a crueldade humana pode imaginar, o que deles fareis?” (...) “Mal deixando-me acabar: Eu vos compreendo, disse-me. A questão da escravidão me ocupa ainda mais que a da pena de morte. Mas nós falaremos uma outra ocasião, se vós me permitis” (RIBEIRO, 2005, fls. 278). Esta posição de nosso maior representante político, corroborada com a opinião pública que conforme as narrativas da obra, deixaram de fornecer a logística necessária aos enforcamentos aos carrascos enviados para a execução, por vezes até tratando com violência os agentes do poder incumbidos de executar as penas de morte, nos parecendo que realmente este é o mote das transformações do direito penal.

4.7 A efetiva relação do sistema penal face à escravidão

Baseando-se em uma argumentação oriunda de um período histórico posterior procurar-se-á apresentar o viés que movia o pensamento liberal diante das barbáries infringidas aos *coisificados* da colônia, gente que chegara como escravizada, que pela ganância da exploração econômica passaram a ser tratados como semoventes, ou

mais objetivamente como simples coisas. Estes povos, vindo de longe, sequestrados em suas terras, nos parecem terem sido os verdadeiros protagonistas do século XVII, nos parecendo em uma inversão histórica terem sido eles os centros dos acontecimentos históricos, tudo girava de acordo com a existência ou não da mão de obra escravizada. Se as narrativas falam de um período de alta criminalidade, o maior crime era o aumento da desigualdade entre os seres humanos que formaram nosso país principalmente no que se refere à aplicação das sanções penais.

O século XVII encontrou muitos elementos do direito penal em estado de evolução, entre eles o incipiente clamor pela positivação dos direitos naturais, especialmente no que tange à busca pela liberdade, proto-princípio da igualdade; tivemos também a formação de um arcabouço referente ao sistema prisional, ou talvez do próprio sistema penitenciário, pois as penas corporais e também as letais eram parte integrantes e porque não dizer protagonistas da prática penal, eis que a reação da população colonial face aos seus conflitos com o direito natural restaram evidentes, como pudemos verificar no sermão do Padre Vieira.

5. Um sistema prisional em formação.

5.1 A mineração como sistema social

O objetivo da colonização portuguesa nas novas terras dos *brasis*, desde o início voltava-se principalmente para a extração das riquezas minerais. Os primeiros colonizadores buscavam um paraíso terrestre (ideal edênico na terra) onde abundavam os minerais de alto valor econômico. Acreditavam na existência de montanhas de ouro encontradas a céu aberto, as quais poderiam ser avistadas de muito longe face aos seus reluzentes reflexos sob à luz do sol deste novo mundo. Estes mirabolantes sonhos iniciais necessitaram aguardar cerca de duzentos anos desde a chegada das primeiras caravelas para começar a tomar forma de realidade. A história destas excursões incipientes e da ocupação territorial foram retratadas na obra de Carla Maria Junho ANASTASIA (2005, fls. 27): “as primeiras incursões no território que viria a ser as Minas Gerais datam de 1553 e foram frutos da precoce expedição de Francisco Bruza de Spinosa que partindo de Porto Seguro, penetrou os sertões pelo rio Jequitinhonha, na região de Araçuaí, Minas Novas, Diamantina e Serro, que posteriormente se revelaria grande produtora de ouro e diamantes. Seguiram-se outras

entradas ainda no século XVI. Expedições diversas se formaram também à procura de esmeraldas, seguindo sempre as margens dos rios Doce, Caravelas e Jequitinhonha.” Culminando-se, ainda sob as anotações históricas da autora, na descoberta do ouro em 1664, nas minas de *Cataguás* e nos sertões de *Caeté*, veios auríferos que causaram uma inversão no fluxo geográfico das incursões de exploração, que agora ao invés de partirem da Província da Bahia passaram a ser empreendidas através da Província de São Paulo.

Estas incursões foram capitaneadas pelo “povo paulista”, já experimentado nas aventuras denominadas “bandeiras”, onde além de expansão territorial e devida ocupação do território português, como ponto de interesse da Coroa, também se ocupavam da captura de índios para fins de escravização. Os Paulistas eram peculiares por suas características socioculturais, divergiam imensamente dos demais ocupantes da colônia. Falavam através de uma linguagem construída como forma de comunicação com a enorme população indígena do território, denominada *Língua Geral*, que prevaleceu até meados do século XVIII, quando foi proibida pela reforma Pombalina, mas, principalmente, eram bastante aguerridos e orgulhosos em face dos outros ocupantes da colônia.

Ainda que houvesse enormes obstáculos para o acesso ao novo Eldorado encontrado nas Minas Gerais, fossem as distâncias, fossem os conflitos com os portugueses, nada impediu que a partir do ano de 1700, tenha ocorrido o início de um grande fluxo migratório para as minas de ouro, e evidentemente o início de um novo período econômico na Colônia. Este novo fluxo migratório atraía além de gente de todos os “povos” do Brasil, gente, também, do Reino de Portugal. Eram pessoas de todos os níveis sociais, movidos pelo sonho do enriquecimento rápido, e foi este sonho que transformou o mapa geopolítico do Brasil causando o fortalecimento da região Sudeste em detrimento do crescimento da Região Nordeste.

5.2. As prisões no Rio de Janeiro

A cidade do Rio de Janeiro, palco de muitas lutas pela soberania portuguesa desde o século XVI, por sua proximidade das Minas Gerais passou por um período de crescimento sob os aspectos político e econômico. A cidade fora efetivamente implantada em sua localização definitiva após a expulsão dos franceses no século XVI e a primeira notícia que temos sobre o sistema prisional daquele período vem da obra de Vival-

do Coaracy de que na correição realizada em 06 de agosto de 1631 o Ouvidor Paulo Pereira perguntava aos Oficiais da Câmara “se as prisões da Cadeia desta cidade são tais como cumpre, de modo que os presos possam estar nelas bem guardados” tendo como resposta que a Cadeia achava-se em lugar ermo, no Morro do Castelo, em casa muito velha donde numerosas vezes haviam fugido os presos, convindo mudá-la para “lugar mais seguro e de melhor cômodo”, complementando que o Ouvidor determinou “que se comunicasse ao Rei o estado de ruína do velho prédio erguido por Mem de Sá²⁶, solicitando a necessária permissão para a mudança. Determinou ainda que desde logo fossem postas em pregão, o que correspondia à moderna “concorrência pública”, as respectivas obras” (COARACY, 1965, fls.76).

Luiz Edmundo, através das informações relatadas, pelos viajantes que aqui passaram assim como pelas fontes primárias, descreveu o estado em que se encontrava a cidade no século XVIII. A primeira informação essencial é relativa à existência de somente duas cadeias na cidade, “uma para os padres e frades, outra para os seculares”, seguindo-se de uma observação sobre as peculiaridades da mesma “Eram dois antros infectos, verdadeiras cloacas, onde os criminosos apodreciam em vida, infectados pela falta de hygiene, roídos por mazellas e verminas” (EDMUNDO, s/d, fls. 451). A prisão destinada ao recolhimento dos padres e frades possuía a denominação de Aljube, nome similar ao originário de uma velha instituição prisional situada em Lisboa. Ocorrendo a presença destes estabelecimentos prisionais em muitas outras localidades brasileiras, sempre com a mesma denominação, e, segundo Moreira de Azevedo, fora “construído na Rua do Aljube, hoje da Prainha, junto ao Morro da Conceição, era este edifício de dois pavimentos, tendo o primeiro janelas de peitoril e o segundo de sacadas com rótulas de madeira, mais tarde substituídas por grades de ferro; era separado do Morro por um pátio, no fundo do qual erguia-se um sobrado, onde residiam o vigário-geral, o escrivão e o capelão, e do lado oposto via-se a capela de Santa Ana” (AZEVEDO, 1969, fls. 438).

Uma Provisão de 17 de outubro de 1733 remiu o fôro enquanto a casa servisse de Aljube tal qual o fim que lhe fora destinado pelo Bispo D. Antônio de Guadalupe (AZEVEDO, 1969, fls. 438).²⁷ No entanto, encontramos divergências quanto à época

26. Mem de Sá que foi Governador Geral do Brasil, foi também governador da Cidade do Rio de Janeiro nos anos de 1567 e 1568.

27. “A origem e a necessidade do Aljube estão perfeitamente descriptos em um códice do archivo do Instituto Histórico, sob o título – Consultas do Conselho Ultramarino de 1726-1740. Comprados por d. Antonio a um certo Ignácio Alves os chãos, onde começou a levantar as paredes do Aljube, obtive da

da transformação efetiva de seu uso restrito ao recolhimento de clérigos tornando-se a cadeia de uso comum ou secular. Parece ser a versão de Moreira de Azevedo a mais crível, pois este historiador indica o marco temporal à chegada da Família Real e sua Corte em 1808. Ocasão em que visando-se a instalação residencial dos elementos da nobreza e de seus serviçais utilizaram-se as instalações do Paço do Governo que fora anexado à Casa da Câmara, onde o pavimento térreo, por disposição administrativa da época, era utilizado como a cadeia dos seculares.

Segundo Vieira Fazenda, “com a leitura... dos autos de correição dos antigos ouvidores, publicados no interessante e utilíssimo Arquivo Municipal, (...) que já em 1624 se tratava da mudança da Cadeia, do morro do Castelo para a várzea da cidade, que ela em 1636 aí se construiu aos poucos, que se reforçaram com grades as janelas da banda do mar, se criou uma prisão para mulheres, se fez nova sala para sessões da Câmara e também uma escada na frente em 1641”, Ainda dentro do espírito religioso predominante da época, “no interior da Cadeia existiu a capela de Jesus instituída por Miguel de Oliveira Portella, testamenteiro de João ribeiro Corrêa, cujo óbito consta do livro 8º dos enterros da Sé, o qual serviu de 1710 a 1714”²⁸. Outra informação, também de

Câmara a remissão do foro e em 25 de janeiro de 1731 escreveu ao rei pedindo a confirmação dessa graça. Em 7 de janeiro de 1732 foi passada provisão para que o ouvidor geral informasse a respeito. Em 5 de Dezembro do mesmo anno deu esse magistrado cumprimento à ordem e respondeu que era verdade o que allegava o bispo: “que havia construído à sua custa o Aljube em terras foreiras à Câmara em 960 réis, que essa remissão era justa e vantajosa, porque d. Antônio de Guadalupe fizera também allí uma casa particular para se depositarem as mulheres que houvesse de casar ou divorciarem-se de seus maridos, do que resultava vantagens aos moradores por se livrarem da vexação, com que os juizes ecclesiasticos os obrigavam a ser depositários das dictas mulheres, sentido a despesa de as sustentarem e o trabalho de cuidarem de sua custódia, além da publica utilidade que resulta ao socego das cadêas seculares, ficando com o dicto Aljube livres das pertubações, que nellas ordinariamente costumam fazer os clérigos presos, como succedeu na resistência que contra a justiça fizeram os presos da enxovia daquella cidade, fomentados por uns clérigos que se achavam na mesma prisão, para cujo socego fora necessário a elle Ouvidor ir pessoalmente com uma companhia de soldados à mesma cadêa.” Texto de José Vieira Fazenda, *Antiquilhas e memorias do Rio de Janeiro*, publicado na Revista do instituto histórico Nacional, vols 140/142/143/147 e 149, Rio de Janeiro. Citado por AZEVEDO, 1969, fls. 438).

28. Texto de José Vieira Fazenda, *Antiquilhas e memorias do Rio de Janeiro*, publicado na Revista do instituto histórico Nacional, vols 140/142/143/147 e 149, Rio de Janeiro. Citado por AZEVEDO, Mo-

Vieira Fazenda, que representa o marco do sistema prisional ainda neste século XVIII era de que o pelourinho se encontrava perto da Cadeia quando, posteriormente foi transferido para o largo do Rocio, local hoje denominado Praça Tiradentes.

Esta prisão histórica recebeu em seus claustros os *inconfidentes mineiros* no ano de 1789,²⁹ e atualmente denomina-se Palácio Tiradentes, abrigando a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Complementando-se o entendimento da existência de outros meios de contenção, nos parecendo que voltados não somente aos militares mais também aos membros das classes dominantes e outros casos específicos, tais como as fortalezas militares que foram utilizadas neste período no caso do inconfidente mineiro Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, quando a fortaleza da Ilha das Cobras³⁰ foi utilizada para a sua contenção provisória até a execução da sentença.

5.3 Das relações do Estado com seus presos.

Quanto às condições do sistema prisional/penitenciário em que permaneciam os encarcerados não havia tão somente criminosos recolhidos aos cárceres, mas também recolhia-se no mesmo espaço escravizados e outros desvalidos de posses (“vadios”), encontrando-se a ausência de preocupação com as condições dos presos da época, conforme Luiz Edmundo: “O preso, no regime colonial, não era mantido pelo Estado, senão por suas famílias, seus senhores, patrões ou seus amigos ”(...) “Os que não tinham taes esteios, que tratassem de esmolar para não morrer de fome. Havia correntes enormes que os faziam chegar, por vezes até ao meio da rua, onde os infelizes ficavam ao sol e à chuva, à espera das almas caridosas que passassem” (EDMUNDO, s/d, fls. 451) Ainda que possa parecer uma impiedosa atrocidade, este tratamento deferido aos recolhidos no cárcere da cidade do Rio de Janeiro era um reflexo das cadeias da Corte Portuguesa, onde certa vez a tripulação de um navio pirata apreendido pela

reira. *O Rio de Janeiro – sua história, monumentos, homens notáveis, usos e curiosidades*. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1969.

29. Trata-se de um crime de Lesa-Majestade que por sua importância no cenário social da época deixou de ser julgado pelo Poder judiciário das Minas Gerais para ser julgado na Sede do Vice-Reinado do Brasil.
30. Trata-se de uma instalação militar do século XVII, hoje parte integrante do Arsenal da Marinha no Rio de Janeiro, que mantém como local de visitação a cela em que foi encarcerado o protomártir da independência Brasileira.

marinha portuguesa fora recolhida à Prisão do Limoeiro, masmorra existente em Lisboa, ocasião em que os desvalidos não tendo de quem lhes socorrer-se, para não morrerem de fome, suicidaram-se coletivamente.

Não sendo melhor a sorte dos aprisionados no Cabildo de Buenos Aires no período colonial. Edit gallo informa que os presos, com assentimento da administração, recorriam à caridade pública para atenderem às suas necessidades básicas “(...) *la limosna se convirtió em el único sustento que tuvieron los presos para no morir de inanición. Por lo común, muchos eran enviados a los átrios de las Iglesias para mendigar, o conseguían el ansiado pan, suplicándolo desde las celdas que daban a La calle*” (GALLO, 2002, fls. 132). Situação que somente foi modificando-se no início do século XIX com a revolução de 1812, e finalmente com a intervenção do governador intendente de Cuyo, o General San Martín, que em documento datado de 1816: “*sento un valioso precedente em La matéria porque aclaro expresamente que “las cárceles no son um castigo sino um depósito que asegura aL que deba recibirlo”, y La raíz de la cautelosa intervención fue aumentada la ración alimentícia, suministrada hasta ese momento solo uma vez cada veintecuatro horas(...)*”(GALLO, 2002, fls. 132/3).

Voltando ao Rio de Janeiro colonial, uma sociedade típica do século XVIII, pela necessidade da manutenção dos laços quase feudais, o poder constituído agia como se todos os criminosos possuíssem relações sociais que lhes permitissem o mínimo necessário às suas subsistências. Quanto aos escravizados, por sua condição de “objetos de valor”, seus proprietários deveriam ter o máximo interesse de que não morressem de fome, mas tão somente sofressem os suplícios que lhes foram determinados, pois tratava-se de patrimônio imobilizado, e mesmo diante de faltas gravíssimas contra seus senhores, ainda assim, poderiam ser comercializados para outras regiões.

Vieira Fazenda, com relação ao sustento dos escravizados, ainda que fossem sustentados pelos seus senhores, informa haver uma enorme falta de humanidade por conta dos carcereiros, não bastando as determinações das Cartas Régias de 20 de maio de 1618; 13 de julho de 1678; 28 de abril de 1681; 20 de julho de 1686 e 13 de abril de 1688, foi necessário o ordenamento do alvará de 3 de outubro de 1758: “Faço saber aos que este Alvará de Declaração e Ampliação virem, que porquanto no Regimento, com novissimamente regulei os emolumentos dos Ministros e Oficiais de Justiça do Estado do Brasil, fui servido ordenar que os carcereiros possam levar cento e vinte réis cada dia pelo sustento dos escravos que são presos nas suas respectivas cadeias; e sou informado de que os ditos carcereiros além de reduzirem o sustento

dos referidos escravos a uma pequena porção de milho cozido, em que só fazem de gasto vinte réis cada dia, costumam servir-se deles mandando-os contra a disposição das minhas leis, sair das prisões, metidos em correntes para irem aos matos e campos buscar-lhes lenha e capim para venderem, etc”³¹.

5.4 A caridade religiosa e os presos pobres

Com relação aos desvalidos, mesmo diante das exceções acima apresentadas como a do encarceramento de estrangeiros, havia soluções pontuais que de alguma forma impediriam o terrível espetáculo da morte aguda por inanição. Sendo a mais drástica permitir-se que pudessem pedir esmolas aos passantes. Cabendo, desde já, para ampararmos nosso posicionamento quanto à motivação desta ausência de preocupação com a manutenção física dos presos na cadeia da Casa da Câmara do Rio de Janeiro, citarmos a existência de uma sociedade religiosa denominada Irmandade da Confraria de Nossa Senhora da Misericórdia de Lisboa, fundada em 1498, na cidade de Lisboa, pela Rainha Leonor de Lencastre coadjuvada pelo seu confessor Frei Miguel de Conreiras (KHOURY, 2004). A origem histórica remonta às agruras que a tríade formada pelas pestes, guerras e fome infringiram à população portuguesa entre os séculos XI e XV. Sofrimentos que eram sanados através da misericórdia³² pregada pelos evangelhos, ações individuais que mitigavam as dificuldades do povo, as quais em busca de uma maior amplitude de ações foram finalmente conjugadas no compromisso de uma irmandade religiosa.

No Rio de Janeiro, segundo Dahas Zahur, constata-se a fundação desta irmandade no ano de 1567, e que desde 1618 já haveria o compromisso com o sustento dos presos da Cadeia da Câmara³³, conforme texto extraído da obra *Santa Casa de Misericórdia*

31. Texto de José Vieira Fazenda, *Antiquilhas e memorias do Rio de Janeiro*, publicado na Revista do instituto histórico Nacional, vols 140/142/143/147 e 149, Rio de Janeiro. Citado por AZEVEDO, Moreira. *O Rio de Janeiro – sua história, monumentos, homens notáveis, usos e curiosidades*. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1969

32. Misericórdia do latim *miserere* e *cordis*, significaria doar o próprio coração.

33. Do Compromisso: Capítulo XIX – Dos Conselheiros de Mesa, Mordomos dos Presos. Art. 129º Entre as obras de Misericórdia, em que se sempre se empregaram os Irmãos da Instituição, foi uma das primeiras a sustentação e livramento dos presos, o que o Irmão Escrivão incumbia fazer com particular cuidado e diligência. E conquanto os encarcerados tenham atualmente situação mui diversa, graças à

Fluminense, editada em 1898 por Felix Ferreira: “O mais importante dos serviços filantrópicos da Misericórdia, depois dos hospitais era o do patrocínio aos presos e consolo extremo seguido do piedoso funeral aos padecentes. Tratando dos presos recomendava o compromisso de 1618 aos Mordomos que pusessem nos seus livramentos e sustentação toda a diligência e caridade, porquanto esta fora a primeira obra em que se empregaram os primeiros irmãos que instituíram esta Irmandade”, logo adiante restam estabelecidas as obrigações a que se comprometiam os irmãos responsáveis pela Mordomia dos presos: “Desde que se verificasse a pobreza e desamparo do preso, e que em nome da Misericórdia se tomasse conta da sua causa, o primeiro passo a dar seria diligenciar o perdão das partes que os acusassem” seriam providos de pão que lhes bastassem, de domingo até quarta-feira, e às quartas renovariam-lhes a provisão até o seguinte domingo, de maneira que o pão não faltasse toda a semana; nos dias santificados receberiam mais uma posta de carne e uma escudela de caldo. Aos presos enfermos se acudiria com médico e butica; mais tarde deu-se-lhes também enfermeiro escolhido nas próprias prisões” (ZAHUR, 1999, fls.18).

Segundo Vieira Fazenda a Irmandade da Misericórdia foi secundada pelos Jesuítas até o ano de 1759, que se encarregavam de aos domingos fornecer alimentação aos presos. Porém, de acordo com o mesmo Historiador, em texto extraído do livro de Felix Ferreira: “Com a expulsão dos Jesuítas ficariam os presos sem alimentação aos domingos, se em socorro deles não viesse ainda a Santa Casa de Misericórdia. Anônimo Benfeitor procurou o tesoureiro de então e, com todo o segredo, entregou-lhe 1.000 cruzados. Comunicado o donativo à Mesa resolveu esta que, com os juros dessa quantia, se comprasse e desse aos encarcerados, todos os domingos, duas arrobas de carne verde, três libras de toucinho, um vintém de couve, uma quarta de arroz, meia

ação dos poderes públicos, nos estabelecimentos a que são recolhidos, maior proteção e defesa, depois da criação da Assistência Judiciária, de instituições de filantropia e previdência, a Irmandade da Misericórdia deve continuar a lhes prestar seu caridoso concurso, pois sendo os encarcerados os maiores dos infelizes, nunca será demasiado o consolo e auxílio que se lhes deve. Art. 130º Para que não fiquem ao desamparo de Misericórdia os réus acidentais, os não reincidentes, os menores ou injustamente detidos, os Irmãos Mordomos visitarão as prisões, onde os ouvirão; e conforme a culpa a idade, os seus antecedentes e o abandono em que se acharem, lhes tomarão os nomes e esclarecimento indispensáveis para da melhor forma lhes atenuarem os males, lembrando-se que sendo este um dos mais penosos e delicados encargos dados aos Irmãos da Santa Casa, por isso mesmo será uma das coisas de que Cristo Nosso Senhor lhes há de fazer particular menção em sua final sentenç. (ZAHUR 1999, fls. 18)

pataca de tripas e meio alqueire de farinha”³⁴. Concluindo que teria sido este benfazejo doador o Marquês de Lavradio, Vice-Rei do Brasil, que compungido com a lastimável situação do sistema prisional da sede do Vice-reinado resolvera amenizar o sofrimento dos presos da Cadeia Velha.

Voltando aos apontamentos de Dahas Zarur, passamos mais propriamente às relações da Irmandade da Misericórdia face às necessidades processuais dos encarcerados. “Teriam os Mordomos todo o cuidado em fazer seguir as apelações e não deixar partir o degredado sem que levasse os traslados de sua sentença e cartas de guia, bem como mantimentos que os armazéns costumavam dar por esmola para a sua alimentação durante a viagem. Deveriam igualmente, pelo menos duas vezes no ano, visitar as galés, para ver nelas as necessidades dos sentenciados e saber destes quando estava a terminar a pena, para tratar de sua liberdade” (ZAHUR, 1999, fls.19).

Por fim, compilamos, por sua extrema importância, um texto relativo aos serviços prestados quando da aplicação da pena capital, onde fica evidenciada a *pena de morte natural para sempre*, preocupação do padre Antônio Vieira, desde o século passado: “Quanto aos condenados à pena última, determinava o Compromisso que na véspera da execução lhes enviassem um capelão da Misericórdia que os confessasse, dissesse missa e os comungasse, e á tarde lhes remetesse o Mordomo deliciosos manjares, pão de Lothe, vinho fino, com a alva de linho, recordando assim o martírio do Gólgota: e que no dia fatal, em procissão solene, fosse a Confraria de cruz alçada com o pendão à frente assistir-lhe aos últimos momentos, fazendo celebrar uma segunda missa antes de marchar para o patíbulo” (...) “Também no dia de Todos os Santos iria a Irmandade, em procissão, buscar em duas tumbas os ossos dos padecentes que mal sepultados jaziam na forca de Santa Bárbara, para se lhes dar jazigo em terra sagrada, depois dos sufrágios feitos na Igreja, na presença do Provedor, Mesários e Irmãos, subindo nessa ocasião ao púlpito um sacerdote para discorrer sobre o assunto ” (ZAHUR, 1999, fls.19).

Restando tratarmos um ponto de suma importância para a história da assistência jurídica nos Tribunais que foi a nomeação do Advogado José de Oliveira Fagundes para o patrocínio da defesa dos acusados na Conjuração Mineira de 1789, mas cuja sentença somente foi prolatada e executada no ano de 1792, culminando com o

34. Texto de José Vieira Fazenda, *Antiquilhas e memórias do Rio de Janeiro*, publicado na Revista do Instituto Histórico Nacional, vols 140/142/143/147 e 149, Rio de Janeiro. Citado por AZEVEDO, Moreira. *O Rio de Janeiro – sua história, monumentos, homens notáveis, usos e curiosidades*. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1969

degredo da maioria dos acusados e com o enforcamento do Inconfidente Joaquim José da Silva Xavier, o *Tiradentes*. Trata-se do primeiro registro formal deste tipo de assistência judiciária gratuita, segundo as pesquisas de Zahur. Devendo-se ressaltar a enorme dificuldade da missão confiada ao valente Advogado que estaria contrariando os interesses da Coroa diante de um crime de Lesa Majestade. Ocasão em que a Lei era expressa na aplicação da pena capital e por certo o poder monárquico não poderia aceitar este exemplo de insurreição libertária liderado por altos funcionários de sua preciosa colônia, muito mais, justamente, na Capitania de Minas Gerais, de onde vinham as riquezas que sustentavam a dispendiosa corte portuguesa.

Dentro das poucas notícias históricas que pudemos encontrar sobre o destino do ilustre defensor, citamos informação de Arno WHELING (2004) que baseado nos Almanques da Cidade do Rio de Janeiro verificou que o mesmo teria sido plenamente incorporado como Advogado Licenciado para atuar no Tribunal da Relação do Rio de Janeiro somente no ano de 1799, estando portanto entre o rol dos advogados que muito demoraram para alçarem da atuação nos juízos inferiores ao nível máximo da Justiça no Brasil. O que poderia ser um demonstrativo de uma represália por sua brilhante e corajosa atuação no que foi talvez o mais importante processo judicial na história do Brasil.

5.5 O iluminismo na ideologia do sistema punitivo

Trata-se de um episódio de extrema importância para o estudo da influência do Iluminismo jurídico divulgado essencialmente na obra do Marquês de Beccaria³⁵ face às estruturas ainda incipientes do direito que se exercia na Colônia do Brasil. Ao contrário de Gizlene NEDER (2007) para quem o Iluminismo jurídico luso-brasileiro do século XVIII não sofreu influência do pensamento jurídico doutrinário europeu, concluímos que sob a influência Beccariana o marco do Iluminismo, em terras da Colônia do Brasil, ficou registrado no trabalho do corajoso advogado dos Inconfidentes Mineiros de 1789.

A famosa obra de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, editada no ano 1763 na cidade de Milão, dedicou um capítulo ao combate à aplicação da pena de morte onde apresenta um verdadeiro libelo abolicionista a esta medida extrema, ainda assim, em uma contemplação temporal relativa ao momento histórico que vivenciava, aceitando exceções quanto à sua aplicação *por total*

35. Cesare Bonesana, nasceu em 15 de março de 1738 na cidade de Milão, formou-se em direito em 1758, participou da junta que elaborou uma reforma no sistema penal em 1791 na cidade estado de Milão.

indispensabilidade: “A morte de um cidadão apenas pode ser considerada necessária por duas razões: nos instantes confusos em que uma nação está na dependência de recuperar ou perder sua liberdade, nos períodos de confusão quando se substituem as leis pela desordem; e quando um cidadão, embora sem a sua liberdade, pode, ainda, graças às suas relações e aos seus créditos atentar contra a segurança pública, podendo sua existência acarretar uma revolução perigosa no governo estabelecido” (BECCARIA, 2003, fls. 52).

José de Oliveira Fagundes, advogado nomeado para a defesa dos Inconfidentes Mineiros, apresentou os Embargos de Defesa no dia vinte de abril do ano de 1791, com uma linha de raciocínio basicamente compilada da obra de Beccaria, no entanto, ao chegar na temática das exceções consentidas para a aplicação da pena de morte, dissentindo das orientações do mestre milanês, e com um estilo muito voltado ao pensamento humanista que iniciava sua evolução jurídica, elaborou uma tese de profunda reflexão humana: “P. que o rigor do castigo não causa maior efeito no coração humano que a duração da pena porque o homem facilmente se move com o menor mal sendo reiterado, do que com o mais cruel sendo momentâneo; não há dúvida que o fúnebre aparato com que é levado ao patíbulo um criminoso, e sua cruel morte, advertem para o futuro aos que o sobrevivem a isenção do mesmo delito, a observância de Leis, o obediência e fidelidade devida àq majestade; porém aquela fúnebre ideia pouco depois se apaga na imaginação dos espectadores, porque como humanos são sujeitos ao esquecimento; o que pelo contrário sucede sendo continuada a pena em um degredo perpétuo, onde continuamente, em quanto vive o criminoso despojado das honras que lograva, separado da família, abandonado dos amigos e horrorizado de si próprio, fica servindo ao mundo de maior exemplo, que é o primeiro objeto das leis criminais, e sofrendo maior pena, por Sr dura a que se sente por mais tempo do que por uma só vez” (AUTOS..., 1976, Vol. 7, fls. 256).

Tendo vistas dos autos do processo, por apenas meia hora, o defensor, apresentou Segundos Embargos, que mesmo tendo sido rejeitados pelos Desembargadores, foram acolhidos em parte, através de uma Carta Régia que comutava em pena de degredo a pena capital de onze inconfidentes, mantendo somente a pena extrema para aquele que viria a ser o protomártir da independência brasileira.

Uma parte do trecho dos Segundos Embargos representa o espírito legal que deu o tônus do pensamento do século XVIII: “P. não é a última pena a que nos delitos só pode servir de castigo, para que deva supor-se que os RR de um crime grave, infame e execrando ficam impunidos quando a não padecem, pois que também a conservação da vida, quando se escapa da morte por semelhantes crimes, serve de maior castigo aos delinquentes; porque se a

lembrança de ver perdida para sempre a honra, a liberdade, a fazenda, a pátria, os parentes, a mulher e filhos tiver poder pela continuação e estrago do tempo, e pelo hábito de diminuir alguma parte dos sentimentos humanos, eles se não poderão evitar ao contínuo remorso da culpa, ao bicho roedor da consciência” (AUTOS..., 1976, Vol. 7, fls. 265).

Nesta realidade impactante de crescimento populacional oriunda do fluxo econômico que a riqueza do século XVIII trouxera às terras do Brasil e mais especificamente ao Rio de Janeiro, que em 1763 tornou-se Capital do Brasil e sede do Vice-reinado³⁶ da Colônia, combinado com o conjunto do pensamento que se formava quanto à questão da criminalidade violenta que se agravava desde o século passado, combinando-se, por fim, com a Reforma Pombalina que transformava celeremente o pensamento Português, o Poder régio mandou estabelecer uma Casa de Correção na cidade do Rio de Janeiro através de uma Carta Régia datada de oito de julho de 1769. Esta, denominada Reforma Pombalina, em uma análise sintética, face ao amplo grau de modificações que foram infringidas na vida da Colônia brasileira, conferiu aos súditos do império português no século XVIII, uma aura de racionalismo jurídico-filosófico e de despotismo esclarecido, de espírito reformador em oposição ao passado.

As Ordenações, no caso do século XVIII, a Ordenação Filipina, subordinavam a aplicação jurisprudencial do direito à opinião dos doutores, insurgindo-se contra esta forma de aplicação do direito evidenciou-se Luís Antônio Verney³⁷, e dentro deste espírito reformador a introdução de um completo sistema das ideias da escola do direito natural. De certa forma, ultrapassava-se a *coisificação* do elemento encarcerado imposta pela norma formal, pois até então considerava-se o ser humano infrator como necessariamente um inimigo da ordem constituída, o qual para a satisfação do direito deveria ser submetido à devida punição, pois no direito penal como em outros campos jurídicos, a afirmação de uma esfera pública do direito de punir foi um dos alicerces da monarquia absolutista.

Podendo-se com vistas aos estudos de Arno e Maria José Wheling(2004) sobre as linhas de transição do direito no século XVIII concluímos que a determinação da construção de uma Casa de Correção Penal na cidade do Rio de Janeiro, recentemente elevada à capital do

36.Segundo Francisco Adolfo Varnhagen em sua História Geral do Brasil : “Entre 1640 e 1718, apenas três governadores-gerais do Brasil receberam o título de “vice-rei”, por motivo de sua alta fidalguia: o marquês de Montalvão, o conde de Óbidos e o marquês de Angeja. Depois de 1720, com a nomeação de Vasco Fernandes César de Meneses, Conde de Sabugosa, o título de “vice-rei” passou a ser permanente. Entretanto, não se conhece ato oficial algum elevando o Brasil à condição de vice-reino”.

37.Luís António Verney nasceu em 1713 em Lisboa. Foi um filósofo, teólogo, professor e escritor português. Além disso, foi também representante do Iluminismo em Portugal,

Brasil, era muito mais que uma mera transformação do sistema penal/penitenciário e sim um verdadeiro reflexo de uma reforma política e social que exigiram fórmulas legais diferentes das que até então haviam sido razoavelmente eficientes. No entanto somente no século posterior, face às inúmeras conjecturas que serão analisadas em momento próprio, deu-se a efetiva construção da Casa de Correção do Rio de Janeiro.

5.6 O surgimento do sistema prisional na riqueza das Minas Gerais

Neste século XVIII, quando ao analisarmos a cidade do Rio de Janeiro que poderia ser caracterizada como um grande povoamento para os padrões da época e que já vinha se desenvolvendo desde o início do descobrimento até atingir o status de capital do Brasil, observamos que possuía uma estrutura prisional/penitenciária muito precária haja vista a existência de uma só cadeia denominada “Cadeia Velha”, isto posto passamos a avaliar da experiência de contenção à criminalidade na região da Capitania das Minas Gerais, que passava a ser, por sua riqueza, a mais importante no Brasil.

Conforme Laura de Mello e SOUZA (1986) nas Minas Gerais a mineração estabeleceu-se sob o signo da pobreza e da conturbação social, marcando-a sobretudo o enorme afluxo de gente que acudiu ao apelo do ouro e cuja composição social se apresentava bastante heterogênea. A administração da Corte na Colônia, levando em conta a importância econômica que este fenômeno geopolítico representava para o erário português, apressou-se em estabelecer a presença governamental naquela região e para tanto fundou, com base nos povoamentos já existentes e, também, em suas posições geográficas, rapidamente as primeiras vilas. A primeira ocupação da região das Minas Gerais foi capitaneada pelos paulistas, isto posto temos a *guerra dos emboabas* como um marco do início da democratização ou universalização, como inerente ao princípio da igualdade das gentes, ainda que mitigado, das terras mineiras.

Neste intervalo temporal os primeiros habitantes da região vindos da capitania de São Paulo acreditavam que tinham naturalmente privilégios sobre os demais garimpeiros, principalmente sobre os portugueses. Os Paulistas eram quase bugres, na concepção de verdadeiros selvagens, pois face à sua natureza de bandeirantes viviam sempre acompanhados por seus índios, e desta forma tinham o costume de andar descalços, ao contrário dos portugueses, pouco ambientados aos rudes sertões da Colônia, que andavam calçados com botas, sendo chamados jocosamente pelos paulistas de emboabas, um tipo de galinha que parecia estar usando botas. Denominação pejorativa que se

estendia a qualquer outro garimpeiro, ou povoador, que não fosse de origem paulista.

Para ilustrarmos as condições de convívio social neste efervescente período inicial Pedro Calmon tendo como fonte o viajante Antonil: “não havia homem branco que não se acompanhasse do seu negro espingardeiro. Atribui o padre Manuel de Fonseca o costume de entrarem os escravos armados nas terras mineiras aos atentados, que os paulistas perpetravam, castigando, emboabas, que em revide arregimentavam os “congos” que traziam do litoral: tropas negras contra mamalucas” (CALMON, 2002, fls. 87).

Esta dificuldade de convívio eclodiu na chamada Guerra dos Emboabas que se alastrou por todo o território das Minas Gerais e acabou com a vitória dos Emboabas consequentemente com expulsão dos Paulistas daquela região em 1709. Uma de suas consequências foi a destruição total do Arraial do Rio das Mortes, hoje cidade de São João Del-Rei, que sendo a trincheira de resistência dos emboabas, cercada pelos Paulistas, foi incendiada pelos resistentes emboabas, para que o iminente triunfo dos inimigos, em aparente situação privilegiada em forças e recursos, não tivesse como proveito a captura do povoado. Ação posteriormente verificada como equivocada em face à concomitante fuga dos paulistas tomados de preocupação com a falsa informação da chegada de mais inimigos emboabas em socorro do Arraial (GUIMARÃES, 1996)

Posteriormente em 1713, de acordo com os registros citados por Sebastião de Oliveira Cintra extraídos da Obra de Eduardo Canabrava Barreiros, por obra do primeiro Governador da Capitania de São Paulo e Minas Gerais, Antônio de Albuquerque Coelho de Carvalho, o arraial do Rio das Mortes foi elevado à categoria de Vila, observando-se todas as normas administrativas necessárias à solenidade do ato ; “(...) o criou em Villa com todas as solenidades necessárias levantando Pelourinho no lugar que escolheu para a dita Villa a contento, e com aprovação dos moradores dela, (...) apelidou com o nome de São João D’El-Rei (...) em memoria de El-Rey Nosso Senhor por ser a primeira Villa que nestas Minas (...)levanta (...) creando nella os Officiais necessários, assim de Milícias, como de Justiça conducentes ao bom regime della, e mandou se procedesse à elleição de pelouros para os Officiais da Camara na forma da Ley” (CINTRA, 1982, fls.508).

Para que possamos entender a função organizacional da estrutura administrativa denominada Vila, segundo Álvaro de Araújo ANTUNES (2007) a Câmara era a base da estrutura, exercendo funções análogas às atuais funções executivas, judiciárias e legislativas conjuntamente. Estabeleciam as regulamentações locais (posturas e regimentos), fiscalizavam as atividades comerciais e de abastecimento e promoviam as

festas públicas e religiosas, zelando ainda pela saúde pública e administrando os espaços públicos e os conflitos privados. A composição do órgão era composta pela eleição de três vereadores, um procurador e dois juízes ordinários, além de outros serventuários que poderiam ser nomeados e/ou contratados tais como: alcaides, juízes de vintena, capitães de mato, “criadeiras”, médicos, advogados etc.

Contando com a denominação pomposa de Vila o incipiente povoamento de São João Del-Rei não encontrava parâmetros formais na normatização judiciária para a resolução de suas divergências e muito menos para que houvesse uma organização social dos diversos segmentos de sua população. Sendo uma das três primeiras comarcas fundadas já ano de 1714, quando foi denominada Comarca do Rio das Mortes (CARVALHO, 1920). Havendo um pelourinho³⁸, conforme o assentamento inicial da vila, ainda faltava a esta comunidade uma Casa da Câmara e Cadeia, e a primeira notícia que temos sobre esta necessidade administrativa imperiosa vem da obra de Sebastião de Oliveira Cintra, que no ano de 1719 “O Senado da Câmara de S. João Del-Rei manda pagar ao alcaide Simão Cardoso Homem onze oitavas de ouro, correspondentes a despesas efetuadas com as diligências que fez nos bens do cel. Antônio de Oliveira Leitão, que exerceu os cargos de cobrador dos quintos e de juiz ordinário, em São João Del-Rei. Não prestou contas das arrecadações efetuadas e foi acusado de crimes de morte. A dezesseis de junho de 1721 foi executado em Salvador, na Bahia. O Senado da Câmara arrematou as casas que pertenceram ao cel. Leitão para servirem de sede da corporação” (CINTRA, 1982, fls. 537).

Desde a criação da Vila em 1713 já havia a necessidade administrativa da implantação de uma Casa da Câmara e da Cadeia, o que somente veio a ocorrer no ano de 1719 com a arrematação de um imóvel para este fim. Neste interregno, conforme notícias colhidas na obra de Augusto Viegas “(...) o Senado da Câmara realizou suas sessões, durante seis anos, em casas particulares de diversos Juízes Ordinários e principalmente no Solar de Ambrosio Caldeira Brant (...)” (VIEGAS, 1953, fls. 24). Ainda de acordo com o

38.O Pelourinho, popularmente designado também como picota, é uma coluna de pedra colocada num lugar público de uma cidade ou vila onde eram punidos e expostos os criminosos. Tinham também direito a pelourinho os grandes donatários, os bispos, os cabidos e os mosteiros, como prova e instrumento da jurisdição feudal.

Os pelourinhos foram, pelo menos desde finais do século XV, considerados o padrão ou o símbolo da liberdade municipal. Para alguns historiadores, como é o caso de Alexandre Herculano, o termo pelourinho só começa a aparecer no século XVII, em vez do termo picota, de origem popular.

autor, impunha-se “nesta vila, cabeça de comarca, para onde vinham os presos de toda ela como também muitos de passagem, remetidos da cidade e das Vilas de S. Paulo, a construção de uma cadeia” (VIEGAS, 1953, fls. 24). Restando uma dúvida histórica de qual seria o procedimento adotado para a contenção dos custodiados no período entre a fundação da Vila e a aquisição de uma sede própria em 1719, onde, ainda que de forma precária, a administração municipal mantivesse seus presos.

Em profunda reflexão histórica, fruto de profícuas discussões com historiadores locais, chegamos à conclusão de que, até mesmo antes deste período, as custódias dar-se-iam em *senzalas*, com a utilização dos instrumentos de contenção que serviam para manter em castigo os escravizados. Senzalas estas que por certo também eram construídas nas casas existentes no centro urbano, as quais seriam cedidas por membros da comunidade para a efetivação do serviço público no que tange ao aprisionamento dos criminosos. Ocasão em que deveria ocorrer uma relação bastante anômala sobre o ponto de vista relacionado às peculiaridades dos grupos envolvidos, pois lá estavam criminosos com algum grau de evidente periculosidade trancados juntamente com escravizados que deveriam estar afastados de qualquer elemento que provocasse o aumento de sua indignação face às suas condições de submissão. Ambos os grupos estavam alijados de seu direito de ir e vir sendo os escravizados meros objetos coisificados, e por muitas vezes sendo eles os próprios dito criminosos, enquanto do outro lado os custodiados por cometimento de crimes e infrações, que evidentemente dentro do universo do direito colonial do século XVIII, também não possuíam direitos a serem preservados enquanto submetidos ao julgo do poder Real.

Esta Casa de Câmara e Cadeia, inaugurada em 1719, hoje demolida e sem memórias preservadas quanto ao sistema de custódia dos presos, possivelmente deve ter utilizado o sistema de contenção existente nas senzalas. Argumento que ousamos defender em face das enormes dificuldades que haviam para a construção de uma verdadeira cadeia. Observando-se que a primeira cadeia, construída especificamente para este fim, iniciou suas obras em 1737, quando “Cristovão de Faria arremata a construção da cadeia da Vila de São João Del-Rei” e que somente em 1743 “recebia o arrematante supra, 533 oitavas de ouro pela fatura da cadeia do Largo do Rosário” (CINTRA, 1982, fls. 134), podendo-se concluir que este sistema provisório de contenção perdurou de 1719 a 1743.

Cadeia que hoje abriga o museu de Arte Sacra, segundo Augusto VIEGAS (1953) foi construída totalmente às expensas do erário do Senado da Câmara, ao contrário da imponente cadeia de Vila Rica, hoje Museu da Inconfidência da cidade de Ouro Preto,

que foi construída, de acordo com Antônio Luiz de Bessa através de uma Loteria Pública, mas que com o depoimento do Conde de Lumiares, Luiz da Cunha Menezes, Governador da Capitania (1783-88), citado pelo autor, juntamente com a mão de obra dos próprios custodiados: “(...) tenho já procurado um meio de ajudar, como é o de se estar já arrancando pedra, que para a mesma há de servir, pelos malfeitores que os seus delitos vão purgando na utilidade da mesma, e ao mesmo tempo servindo de um exemplar castigo não se fazendo o mesmo maior despesa mera do que já havia regular, econômica sustentação dos ditos malfeitores” (...) “A esta não pequena ajuda da pedra para a mesma obra, lhe quero ajuntar outra não menos importante, qual é a de pelo meio de uma Loteria se adquira dentro em poucos meses 3.333/8 ou dez mil cruzados” (BESSA, 1981, fls. 81)

Ainda que pareça uma engenhosa ação do governador da capitania quanto à utilização da mão de obra dos próprios presos para a construção de uma cadeia, moderna e segura, é preciso esclarecer que este ato foi enormemente criticado por seus contemporâneos, pois deliberadamente através de missivas também constrangia aos ricos da Vila a doarem material para a construção da cadeia ao mesmo tempo que aprisionava os pobres para conseguir a necessária mão de obra. Recebendo, por isto, em uma obra satírica denominada *Cartas Chilenas*³⁹ cujo autor seria o poeta Critilo, o epíteto de Fanfarrão Minésio. Acusações que segundo Teixeira Fritz foram confirmadas pelo professor Rodrigues Lapa, em suas pesquisas: “por um relatório apresentado ao governador pelo militar encarregado das prisões ficamos sabendo que, somente de uma vez, foram presas mais de trezentas pessoas, sem culpa formada e sob o pretexto de serem vadios. De vadios eram chamados geralmente, as pessoas que embora livres, eram pobres” (TEIXEIRA, 1982, fls. 198).

Já a Cadeia da Vila do Carmo, hoje cidade histórica de Mariana, segundo Antônio

39. *Cartas Chilenas* são poemas satíricos, em versos decassílabos brancos (sem rimas), que circularam em Vila Rica poucos anos antes da Inconfidência Mineira, em 1789. Revelando seu lado satírico, num tom mordaz, agressivo, jocoso, pleno de alusões e máscaras, o poeta satiriza ferinamente a mediocridade administrativa, os desmandos dos componentes do governo, o governador de Minas e a Independência do Brasil. *Critilo* é um habitante de Santiago do Chile (na verdade Vila Rica), narra os desmandos despóticos e narcisistas do governador chileno *Fanfarrão Minésio* (na realidade, Luís da Cunha Menezes, governador de Minas até a Inconfidência Mineira). Por bastante tempo discutiu-se a autoria das *Cartas Chilenas*. A dúvida só acabou após estudos de Afonso Arinos e, principalmente, de Rodrigues Lapa, comparando a obra com cada um dos elementos do “Grupo Mineiro”, possíveis autores, quando se concluiu que o verdadeiro autor foi Tomás Antônio Gonzaga e que Critilo é ele mesmo

Luiz Bessa, muito antes das outras Vilas da Capitania, em vinte e sete de janeiro de 1716, através de uma Ordem Régia, recebeu a concessão de meia pataca de ouro em imposição a cada barril de aguardente ou melado que se fabricasse nos Engenhos do Distrito da mesma Vila por tempo de dez anos, para as obras da igreja Matriz, Casa da Câmara e Cadeia. As dificuldades de implantação das cadeias não estavam contidas somente na questão financeira, mas também abrangiam a falta de material para a sua construção, mais especificamente o ferro para a forja de suas grades. Segundo Francisco Magalhães GOMES (1983) havia um alvará real de 1785 que proibia no Brasil a instalação de fábricas, para que a população cuidasse tão somente da agricultura e do ouro. Muito embora o governador da Capitania das Minas Gerais entre 1780/1783, D. Rodrigo José de Meneses e Castro, Conde de Cavaleiros, em 1780, já houvesse escrito ao ministro solicitando providências para a industrialização do ferro em território mineiro, pois que além de enormes jazidas deste minério nos solos da capitania, a importação de outros países era muito cara e de difícil acesso.

Por fim, ilustrando a temática acima exposta, no ano de 1837, segundo Sebastião de Oliveira CINTRA (1982, fls. 129): “Sabino de Almeida Magalhães recebe da Câmara Municipal de S. João Del-Rei a importância de 1.118\$535 que dispendeu no Rio de Janeiro com a compra das grades da cadeia nova”. Cadeia esta que somente passou a funcionar em 1853, no andar inferior da Câmara Municipal, e que em 1925 foi transferida deste prédio, passando o casarão de dois andares a abrigar, até os dias de hoje, a prefeitura municipal da cidade de São João Del-Rei.

Neste momento de evolução das relações prisionais/penitenciárias da região geográfica que mais crescia no Brasil no século XVIII, face à enorme riqueza que a mineração ali produzia, procuraremos esclarecer como era a relação do Estado para com os presos. Em que pese a primeira percepção de que se vivia em um momento histórico caracterizado por enorme prosperidade material e que desta forma haveria uma relação mais humana entre o Estado e seus prisioneiros isto infelizmente não ocorreu.⁴⁰

5.7. As irmandades religiosas mineiras e os presos pobres

Seguindo-se um modelo muito parecido ao da cidade do Rio de Janeiro, onde havia um precário sistema prisional/penitenciário, a Vila de São João Del-Rei também não

40. Laura de Mello e Souza em seu livro *desclassificados do ouro* defende justamente o agravamento da criminalidade em face da pobreza reinante na província das Minas Gerais.

possuía uma obrigação direta com a manutenção de seus presos. Quando falamos em compromisso direto da Câmara Municipal, precisamos esclarecer que esta afirmação é fruto de nossas pesquisas nos livros da Câmara Municipal, assim como também nos livros das irmandades religiosas que atuaram objetivamente junto aos presos da Cadeia Municipal nos séculos XVIII e XIX.

Desde o período inicial do povoamento da Vila de São João Del-Rei, por uma pré-disposição organizacional da estrutura do poder Monárquico, havia a implantação do poder clerical em que seus religiosos seculares exerciam o comando das divisões eclesiásticas. No entanto, face à influência de vários fatores temporais e históricos, havia um exercício social próprio de agrupamentos religiosos formados por elementos laicos da comunidade dentro das igrejas. Eram estes grupos denominados irmandades religiosas. Associações onde seus membros adquiriam as obrigações previstas em seus regimentos e exerciam seus direitos quanto às prerrogativas inerentes ao patrimônio pertencente à associação, sem falar sobre a necessidade de pertencerem a um grupo com mobilidade social (BOSCHI, 1986).

De acordo com Fritz Teixeira de Salles em São João Del-Rei no início do século, quanto às irmandades religiosas “(...) os dados não são fáceis, sendo citados aqui com reservas, pois conhecemos compromissos de São José do Rio das Mortes, cujas irmandades não estão incluídas na obra de Augusto Viegas. É de se supor que tenha havido em São João Del-Rei outras irmandades cujos compromissos desapareceram por completo. Daí citaremos aqui, com finalidade estatística apenas o que se encontra em Augusto Viegas. Temos então uma Santíssimo Sacramento de brancos em 1717, uma Nossa Senhora do Rosário, em 1708. Observa Augusto Viegas que, a julgar pelo seu compromisso, a irmandade da Boa Morte já existia há cinquenta anos antes da redação desse mesmo compromisso, que está datado de 1786, ou seja, já existia em 1736” (...) “Quanto à Irmandade de São Miguel e Almas, afirma seu compromisso que a corporação já existia há cem anos, sendo, pois, de supor-se que sua fundação ocorreu nos primeiros dez anos do século XVIII” (SALLES, 2007, fls.70).

Com referência à Irmandade São Miguel e Almas com a fundação do Bispado de Mariana em 1745 face à divisão territorial do Bispado do Rio de Janeiro, a Irmandade encaminhou seus livros e seu compromisso (termo de fundação) para a devida inspeção no Bispado do Rio de Janeiro que os teriam remetido para o Bispado de Mariana, ocasião em que teriam se perdidos.

Quanto ao Compromisso da Irmandade de São Miguel e Almas da Freguezia de Nossa

Senhora do Pillar da Villa de São João Del Rey de 1804⁴¹, pudemos constatar em seu Capítulo VII, sob o título *Da Ordem que se haverá com os pobres*, as seguintes determinações: “ordenamos que esta Irmandade, seguindo a Ordem de Caridade a que he dirigida, assista com o necessario para a sustentação dos miseraveis pobres, e também os prezos, que estiverem enfermos dando-lhes mortalhas, e enterrando os para cuja despeza se aplica o rendimento da Tumba; pelo que rogamos a Vossa Alteza Real nos obtorgue não haver outra alguma Tumba nas Ordens, nem Irmandades, em quanto não há Irmandade da Sancta Misericórdia; por ser esta a mais antiga que aqui houve, ainda muito antes de haverem irmandades e para poder socorrer às muitas necessidades de que se vê a pobreza oprimida (...)”.

Voltando à questão da atuação indireta da Câmara Municipal com referência ao sustento e amparo dos presos da Vila de São João Del-Rei, a Irmandade de São Miguel e Almas assumiu esta função por um longo período, pois não havendo a presença/atuação da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia na Vila. A Irmandade da Misericórdia em São João Del Rey foi fundada em data indeterminada, e nem mesmo a Santa Casa como instituição hospitalar tem sua data de inauguração fixada sem que haja discussões históricas. Outrossim, segundo os livros de registro de receitas e despesas que pudemos examinar no cartório da Irmandade da Misericórdia, que na época da pesquisa ainda não os tinha devidamente catalogados e arquivados, somente no ano de 1852, teria assumido o sustento e amparo dos presos pobres. Considerando que os arquivos da Irmandade de S. Miguel das Almas mantiveram somente os livros relativos ao período posterior a 1760, pelos motivos apresentados acima, e que nos livros de despesas da Câmara Municipal não constam registros relativos a gastos relativos ao período anterior à fundação da Cadeia do Largo do Rosário em 1743, não conseguimos localizar nenhuma informação relativa ao período em que a Câmara funcionou na casa arrematada em 1719 até sua transferência efetiva.

Quanto ao período relativo à segunda metade do século XVIII e XIX, encontramos os livros de registro de Receita (cx 06, nº22, período 1760/1776 e cx07, nº 23, período 1776/1904) assim como os livros de registro de Receita e Despesa (cx 05, nº 27, período 1787/1826) da Irmandade de S. Miguel e Almas. Assim como os livros de registros gerais da Câmara Municipal, que se iniciam em 1714⁴². Na análise destes livros cons-

41. Estatuto da Irmandade São Miguel e Almas, depositado nos arquivos da Irmandade junto à Secretaria da Casa paroquial da Matriz de Nossa Senhora do Pilar em São João Del-Rei, MG.

42. Na época de nossa pesquisa os livros podiam ser consultados na Biblioteca Municipal, mas posterior-

tatamos diversas singularidades quanto à alegada tese de responsabilidade indireta do poder público com o sistema prisional/penitenciário. Como por exemplo que a Câmara repassava verbas públicas à Irmandade com fins específicos de serem aplicadas junto à manutenção e sustento dos presos, não se olvidando que a prestação de assistência religiosa também era uma das mais importantes obrigações do Estado.

A Cadeia do Largo do Rosário, inaugurada em 1743, contava com celas cujas janelas ficavam voltadas para a rua Direita, uma típica rua das cidades coloniais mineiras com cerca de cinco metros de largura já contando com as calçadas, e do outro lado da rua em local que era facilmente avistado pelos presos foi construída a Capela de Nossa Senhora das Dores⁴³.

Nesta Capela, com fins específicos de assistência religiosa aos presos, realizavam-se missas aos domingos e dias santos, sendo que as despesas com o pagamento do serviço dos Capelães assim como das velas eram realizadas pela Irmandade e depois ressarcidas pela Câmara Municipal. Sendo muito importante lembrarmos que o sacramento da comunhão realizada no período da Páscoa era denominado “desobriga”, tendo havido um período histórico onde aquele que não tivesse o recibo (pois também envolvia o pagamento de uma taxa) expedido pelas autoridades eclesiásticas do devido cumprimento desta obrigação religiosa seria preso em flagrante pelas autoridades governamentais.

Norma que segundo O Manual de Derecho Eclesiástico Universal, editado em 1852 pode ser entendida com a explanação da função da igreja Católica em um capítulo denominado *influencia de La iglesia sobre el derecho penal*: “*Nunca, segun el espíritu de La Iglesia, deben las penas civiles encaminarse à La destruccion, sino á La enmienda Del culpado que mas pronto que com lós tormentos alcanza com um gégi-mem templado (...) Y tan conocidos fueron sus sentimientos humanos, que hasta se lês admitió a inspeccionar el régimen interior de las cárceles. Introdujóse tambien La costumbre piadosa de socorrer à lós presos cuando llegaban las grandes omnidades de cristianismo, procurando ademas La libertad à lós que estaban por lijeras causas. Procuraba La Iglesia amparar à lós delincuentes, que acogiéndose à su sombra ha-*

mente, por medida de conservação, a consulta passou a ser realizada em microfímes na biblioteca da Universidade Federal de São João Del-Rei. Havendo, ainda, um projeto de disponibilização para consulta através de gravação em mídia digital realizado pela Universidade Federal de Juiz de Fora, MG, o qual não sabemos se já foi efetivamente disponibilizado para consulta ao público.

43. Belíssima Capela, hoje incorporada ao patrimônio privado, que somente é aberta para a visitação do público durante o período da Semana Santa.

bian ya dado La primera prueba de arrepentimento(...)” (WALTER, 1852, fls. 460).

Em sentido contrário Marcus Góes ao analisar a função da religião na passagem do período colonial para o início da chegada da Corte Real, com base na interpretação das narrativas dos viajantes da época, entendia que: “Ir à missa era participar, era ter oportunidade de ouvir os muitas vezes inspiradíssimos sermões de algum sacerdote famoso. Não seria necessário lembrar que a missa não era, no entanto, para todos: negros escravos, muitos cristãos novos, mouros, judeus, excomungados, criminosos de pena já cumprida e, principalmente, os não bem-vistos pelos sacerdotes...” (GÓES, 2008, fls. 183/4). Opinião que nos parece passiva de ser entendida conjuntamente com as instruções do manual de direito eclesiástico, pois muitas são as igrejas e cada uma está voltada para um público diferente, mas na prática realmente é difícil entender a aceitação de “ex-criminosos”, egressos do sistema prisional, dentro dos estamentos de uma sociedade como era a nossa no século XVIII.

Havia também, obrigações próprias da Irmandade relacionadas ao *curativo* e ao enterro dos presos pobres e o devido fornecimento das mortalhas funerárias⁴⁴, despesas estas que não nos pareceram ter sido reembolsadas pelo poder público, face à ausência de valores lançados na contabilidade municipal com esta finalidade. Lembrando-se que cada irmandade administrava um cemitério na Vila e recebia dele todas as receitas relativas aos atos ali realizados. Especificamente quanto ao sustento dos presos pobres, havia registros esporádicos de despesas no livro da Câmara Municipal, repassados à Irmandade S. Miguel e Almas, intitulados *esmolas aos presos pobres*, no entanto não encontramos nenhuma indicação objetiva de que tenham sido convertidos em fornecimento regular de alimentação. Fato que somente em 1852, segundos os livros de registro, já sob os cuidados da Irmandade da Misericórdia passaram a ser registrados como “para sustento dos presos”.

Como ponto de dúvida quanto à finalidade das *esmolas*, constatamos em Eduardo Canabrava Barreiros que os registros da passagem de D Pedro I, noticiados pelo Desembargador Estevão Ribeiro de Resende, pela Vila de São João Del-Rei em 1822, fazem constar que o Imperador “Repartiu esmolas pelos pobres e presos da cadeia” (BARREIROS, 1973, fls. 95). Na cidade que em 1818, segundo indicação do viajante John Luccok contava com “população de seis mil habitantes, dos quais apenas um terço

44. Não havia ainda sido implementado o uso de caixões, tanto para os mais ricos como para os mais pobres, havia ataúdes das irmandades que transportavam o corpo até o local do sepultamento e depois eram recolhidos, portanto a importância da mortalha naquele momento histórico do século XVIII.

se compõe de brancos e o restante de negros e mulatos” (BARREIROS, 1973, fls. 91).

No mesmo período na Argentina temos a notícia histórica de Abelardo Levaggi: *“La provincia de Buenos Aires abolió em 1822 la costumbre de salir lós presos a mendigar. La solución fue que el mantenimiento corriera por cuenta de La caja Del departamento de policía. La reforma fue congruente com la creación simultânea de La partida presupuestaria para cárceles. Las obras pías que se habían instituído a favor de La Cárcel porteña dejaron de aplicarse directamente a sus fines específicos, ingresando sus productos em La Tesorería provincial”* (LEVVAGI, 2002, fls. 331/2), *“Em Mendonza, a diferencia de Buenos Aires, lós presos seguían mendigando em 1874”* (LEVVAGI, 2002, fls. 333), porém sem prejuízo do fornecimento de amparo pelas instituições de caridade. As quais, certamente, também eram prepostas do poder Estatal, tal qual a notícia de Buenos Aires.

Mesmo não tendo conseguido demarcar eficazmente na linha do tempo uma possível mudança no trato do Estado para com os prisioneiros da Cadeia Pública nos parece que de alguma forma a rica sociedade sanjoanense buscava minorar os padecimentos dos presos pobres. O século XVIII foi mais um capítulo da evolução na luta pela busca da igualdade entre os homens, muito embora as relações entre os desiguais continuassem enormes, podendo-se vislumbrar que o gérmen da solidariedade estava implantado no seio das irmandades religiosa que eram representantes legítimas da própria sociedade.

6. Da escravidão à Casa de Correção

6.1 O café como sistema de relação social

Com o esgotamento dos recursos minerais oriundos da Província das Minas Gerais a nova classe social formada através das riquezas obtidas neste período de mineração precisando diversificar seus investimentos para garantir a continuidade de seus ganhos financeiros, passou a investir em uma nova e promissora atividade: o cultivo do café. Porém os solos das Minas Gerais em regra geral, ainda sob o impacto da mineração e, também, por suas legislações restritivas ao uso em atividades diversas à mineração, não eram adequados à implantação da nova atividade, era preciso iniciar-se uma nova migração populacional para terras que suportassem a implantação desta atividade agrícola (ANDRADE, 1984).

A região denominada Vale do Paraíba, situada em posição intermediária entre a Província do Rio de Janeiro e a Província de São Paulo, já no final do século XVIII, começou a ser ocupada por aventureiros vindos das Minas Gerais pelo caminho velho que a ligava São Paulo pela “garganta” de Passa Quatro através da região de Aiuruoca/Baependi, mais especificamente para onde hoje situa-se a Cidade de Resende (WATHELY, 2001).

Ao mesmo tempo, subindo a serra do mar outro grupo oriundo da Cidade do Rio de Janeiro começou a ocupação das terras localizadas na serra à margem direita do Rio Paraíba do Sul, onde hoje localizam-se as cidades de Vassouras, Paty do Alferes, Miguel Pereira e Mendes (TAMBASCO, 2010). Estas terras pertenciam a grupos indígenas, denominados genericamente como Puris e Coroados, e eram utilizadas como campos de caça nos períodos de seca do Rio Paraíba do Sul quando então tornava-se mais fácil a sua transposição. Sua ocupação inicial ainda no período de implantação das primitivas fazendas destinadas a diversas atividades econômicas encontrou violenta resistência por parte da resistência destas tribos (RAPOSO, 1978).

O progresso econômico da Colônia, que enfrentava uma crise com a exaustão do ciclo minerador na Capitania das Minas Gerais, no início do século XIX, promoveu uma ocupação generalizada das terras férteis da região do Vale do Paraíba. Movimento de migração legitimado pelo poder central através da concessão de posses através de inúmeras cartas de sesmarias (RAPOSO, 1978). Originando-se, então, um novo ciclo de relações humanas na imensa região geográfica do Vale do Paraíba, o qual iniciava-se nas terras da Província do Rio de Janeiro e alongava-se até o interior da Província de São Paulo, onde novamente, porém sem a modalidade emergencial de instalação do Estado existente no século XVIII na Província das Minas Gerais, novas vilas foram fundadas e com elas novas *casas de cadeias* também passaram a compor o novo quadro prisional/penitenciário do Brasil.

Ressalte-se que os elementos da nova dimensão das relações inter-humanas formadas diante da ordem constituída legalmente já não se constituíam da imensa massa humana que havia se deslocado para a Capitania das Minas Gerais no século XVIII. A princípio não havia espaços públicos, e a vida do novo ciclo ocorria nos espaços privados relativos às casas grandes e suas senzalas. Neste novo espaço de convivência, ao menos na fase inicial de implantação, a ordem voltava-se ao estado da relação direta entre os senhores e seus escravizados. Substituía-se o pelourinho pelo *tronco*, afastava-se o poder real e renovava-se o poder ilimitado dos “senhores de escravizados”. Os poderosos fazendeiros do café distribuíam a “Justiça” entre os seus escravizados e agregados, muitas

vezes com a intervenção de terceiros, que apadrinhavam os escravizados infratores na iminência de conseguir o perdão para suas faltas.

6.2 A família real e a nova ordem prisional

A história política do Brasil modifica-se intensamente no fim do período colonial brasileiro com a chegada da família Real em 1808, quando o Brasil é elevado à titulação de Reino Unido a Portugal, e, finalmente no ano de 1822, quando ocorre a total emancipação do país com a proclamação da Independência e o nascimento do Império brasileiro (SOUTHEY, 1965).

Nas vilas do Vale do Paraíba continuava a dicotomia entre o público e o privado, a passagem da ordem privada com suas normas próprias e internas passava a acolher o ordenamento público, tal qual a análise de notícia histórica da então muito próspera Villa de Bananal, pertencente à Província de São Paulo, onde verifica-se na Ata da Sessão da Câmara Municipal de 29 de outubro de 1841 que; “Não há ainda cadêa no Município e para supprir sua falta paga-se mensalmente quatro mil reis por huma Casa, sua capacidade he mesquinha, e segurança nenhuma para a detenção dos presos, de sorte que de doze, que à Ella se recolherão durante o anno, nenhum só existe na prisão, pois com toda a facilidade se evade, as vezes no mesmo dia que entram.”⁴⁵

Com a chegada da família real e de toda a sua corte no ano de 1808, quando a capital da Colônia passou por transformações importantes, tal qual a ocupação do Paço governamental e de sua anexação ao prédio da Câmara pela Família Real, temos como primeira transformação do sistema de relações prisionais a mudança dos presos da Cadeia da Câmara, tanto os da Cadeia Pública como os da Cadeia do Tribunal da Relação, para a prisão do Aljube. Observe-se que o Rio de Janeiro, cujo censo em 1799 informava uma população com cerca de 43.376 habitantes (KARASH, 2000), além de receber a Corte Real em 1808, formada por cerca de cinco mil pessoas trasladadas de Portugal, também passou a receber os habitantes das Minas Gerais que com o fim do ciclo da mineração voltavam à capital para procurar novas oportunidades econômicas. Grupo este que como anteriormente verificamos, poderia ser classificado, tal qual a nomenclatura da obra de Laura de Mello e SOUZA (1986), como os “desclassificados do ouro”.

45. Impresso do ano de 1949, comemorativo dos cem anos da elevação da Vila de Bananal em cidade, nominado Poliantéia, fls. 7.

Com exceção dos escravizados que eram recolhidos ao Calabouço que funcionava junto à Fortaleza de Santiago entre 1767 e 1813 (ARAÚJO, 2009), deu-se a reunião dos presos do Rio de Janeiro em um só espaço público denominado Prisão do Aljube, uma prisão construída especificamente para a contenção de eclesiásticos, e sobre ela Moreira de Azevedo informa quanto às suas condições: “Edificada na encosta de uma montanha era essa casa húmida, baixa, escura, e sem espaço conveniente para dar abrigo a muitos indivíduos; mas para aí foram remetidos todos os presos, homens e mulheres; no mesmo cárcere recolheu-se o indivíduo que praticara uma falta e o que cometera um crime, o homem livre e o escravo, o branco e o africano, o moço e o velho; as mulheres foram encerradas em um pequeno quarto ao nível da rua, sotoposto à prisão dos homens. Havia nessa cadeia confusão de crimes, de idades, de sexos e de condições, compreendia nove prisões, e uma enfermaria para homens e mulheres; porém poucos recuperavam a saúde nos leitos desse hospital colocado em um salão estreito, de ar envenenado e insalubre, havendo um único médico, com o ordenado de 30\$000 mensais, encarregado do serviço sanitário. Quando regurgitavam de presos os aposentos da cadeia, eram alguns remetidos para as enxovias das fortalezas, mas nem assim haviam espaço para recolher os condenados (...)” (AZEVEDO, 1969, fls. 438/9)

Quanto às condições prisionais do Rio de Janeiro neste período da chegada da Corte, segundo o viajante inglês John Luccok, que viveu no Brasil entre os anos de 1808 e 1818: “A cadeia comum fica na vizinhança do palácio do Bispo, constituída por um edifício forte e pesado, ao redor do qual tudo é imundície e dentro do qual tudo é repugnante. O primeiro dos cômodos é barricado de maneira muito semelhante às nossas jaulas de animais ferozes, e dentro dela vagueiam os presos de modo muito semelhante a elas e com acomodações não muito superiores” (...) “Existe, no entanto aqui, algo que muitas vezes falta às nossas prisões, a saber, uma separação entre criminosos menores e aqueles que cometeram crimes mais graves. Enquanto os últimos se encontram na jaula há pouco referida, os primeiros se acham em dois quartos espaçosos de cima, dos quais um deles se acha provido de uma mesa comprida com tamboretas. Uns tantos outros confortos de prisão podem ser conseguidos na casa do carcereiro, mas o preço é elevado e os presos raramente podem ou desejam pagá-lo” (...) “Disseram-me que não existe forma alguma de libertação e que alguns presos têm ficado no cárcere até que os crimes pelos quais foram condenados tivessem caído no esquecimento. É provável que ninguém ousaria pôr um culpado em liberdade, nessas circunstâncias; poucos, talvez, o teriam por já castigado além de todas as medidas. O Forte da Ilha das Cobras

contém as prisões do Estado, e essas também são grandes, úmidas e sem esperanças” (LUCCOK, 1975, fls. 61/2).

Dentro dos amplos e elucidativos estudos históricos de Carlos Eduardo M. de Araújo quanto ao sistema prisional no período da chegada da Corte Real encontramos um relatório elaborado em 1812 pelo carcereiro do Aljube, José da Fonseca Ramos, dirigido ao corregedor do crime, informando da vistoria realizada na prisão por alguns pedreiros e carpinteiros a mando do Senado da Câmara: “As calamidades que sofrem os infelizes presos e outros muitos maiores que lhes ameaçam, me obrigam a dar parte a V. Sa. Que as cadeias estão no mais deplorável estado, muitas de suas paredes fora de prumo, seus madeiramentos todos podres, seus tetos em total ruína de modo eu tanto chove dentro como fora, o que aumenta cada dia mais sua destruição por cuja causa a custódia é cada dia mais dificultosa (...) que em algumas partes ameaçavam um próximo princípio a que se agrega o grande número de presos que de toas as partes concorrem, que é tanto que as vezes dormem por baixo das tarimbas em um chão que mina água todo ano, o que lhes tem ocasionado doenças às vezes mortais (...)” (ARAÚJO, 2009, fls. 236).

Este mesmo carcereiro, considerando o fato de que já não havia mais a capela existente no Aljube por força da necessária acomodação da imensa quantidade de presos que se assomava àquele espaço exíguo, em novo ofício dirigido ao corregedor do crime, apresentava a situação:“(...) que por não haver nas cadeias lugar em que decentemente se estabeleça o Oratório tão necessário para a celebração do Santo Sacrifício da Missa nos dias de preceito e administração dos Sacramentos da Penitência e Eucaristia de que estão a tanto tempo privados os miseráveis presos que não cessão de exigir uma providência ” (ARAÚJO, 2009, fls. 239). Demonstrando-se não somente a influência religiosa sobre o comportamento social da época, mas como nos levando a cotejá-la com a análise das condições dos presos mineiros no século XVIII, onde vislumbramos uma possível e viável expectativa de reinserção social por meio das instituições religiosas formadas pelo clero assim como pelos laicos, e no caso do Rio de Janeiro através da Irmandade da Misericórdia.

Estando a Corte diante de um grande problema relativo à população carcerária, mesmo tendo tomado providências para a construção de uma nova cadeia a pedido do Intendente Geral da Polícia, para Moreira de Azevedo, não conseguiram concluir a obra por falta de fundos, desistindo-se desta empreitada em 1824. O fato de não haver lugares suficientemente adequados, tanto no aspecto numerário como também no aspecto funcional, para a devida contenção dos presos não nos parece de forma

alguma ter influenciado a política criminal da Corte, como podemos notar na narrativa de Sérgio Barra relativos ao ano de 1810: “O grande envolvimento de negros em desordens e a necessidade de impor uma ordem à circulação dessa população no espaço público para que a desordem não atingisse a Corte levaram a uma atitude de prevenção frequente das autoridades contra os negros de qualquer condição. A prática policial baseava-se, então, na suspeição generalizada contra os negros. Esses podiam ser presos e levados para o Calabouço por qualquer motivo: por serem encontrados “fora de horas”, por “fazerem-se suspeitos” ou por estarem em atitude estranha, são algumas das justificativas encontradas nos livros de registro de prisões da Guarda de Polícia” (BARRA, 2008, fls. 239)

Esta política criminal, que aparentemente teria a função de estabelecimento da ordem pública na verdade buscava suprir uma predisposição histórica relacionada ao trato do Estado com a coisa pública através da submissão de terceiros, no caso os presos da Cidade do Rio de Janeiro, tal qual complementa Sérgio Barra: “Uma vez no Calabouço, os negros eram utilizados como mão-de-obra para serviços e obras públicas. Em um ofício de 1813, o intendente informa ao Ministro de Estado dos Negócios “(...) se depositam os presos sentenciados às galés e obras públicas (...) precisando-se continuamente ter ali de 150 a 180 homens para trabalharem na limpeza do Paço, libambos d’água, limpeza das Cavalariças Reais e do Regimento de semelhantes Cavalaria do Exército, pipas d’água dos Regimentos, Passeio Público, Hospital Real e outros serviços (...)” (BARRA,2008, fls. 239).

6.3 A Constituição de 1824

Neste quadro de intrincadas relações quanto à organização e finalidade do sistema penitenciário brasileiro é que as condições políticas vêm corroborar com a independência do Brasil por meio de sua emancipação do Reino de Portugal e conseqüentemente a outorga da primeira Constituição do Brasil. Pela Carta da Lei de 25 de março de 1824, Dom Pedro Primeiro, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil, jurou e mandou observar a Constituição Política do Império do Brasil, em cujo Art. 179 encontravam-se os elementos do novo do incipiente sistema prisional existente: “Art. 179 (...)11º) Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita; 18º). Organizar-se-á, quanto antes, um código civil e criminal fundado nas sólidas bases da justiça e equidade;19º).

Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis; 20º). Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto, não haverá, em caso algum, confiscação de bens; nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja; 21º). As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus conforme as circunstâncias e natureza dos seus crimes. ”⁴⁶

Quanto à disposição do item 21º relativo às condições das cadeias, ainda que a vivência hodierna não possa encontrar parâmetros para entender uma disposição constitucional tão importante historicamente e que aparentemente não foi implementada, através de uma análise temporal encontramos um precedente que demonstra o alcance da norma dentro das condições da primeira parte do século XIX, pois através de um parecer dado pelo Deputado Bernardo Pereira de Vasconcelos durante a sua atuação legislativa em dois de julho de 1827 quanto ao pleito do preso Cypriano José Barata de Almeida (SODRÉ, 1997), ocorre não só a demonstração do reconhecimento da Constituição como *norma viva* a ser aplicada, como também evidencia-se a preocupação do poder legislativo em humanizar o sistema prisional vigente (VASCONCELOS, 1899)⁴⁷.

46. *Pari passu*, a Constituição Argentina de 1853, também apresentava disposições semelhantes em seu artigo 18: *Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho Del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes Del hecho de causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también La correspondência epistolar y los papeles privados; y una ley determinará em qué casos y com que justificativos podrá proceder-se a sua allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos em ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.* (Constitución de la Nación Argentina. 2ª Ed., Buenos Aires: Santillaria, 2007.)

47. VASCONCELOS, Bernardo Pereira. *Carta aos senhores eleitores da província de Minas Geraes*. 2ª edição, Rio de Janeiro: editado por Francisco Rodrigues de Paiva, 1899, p. 144. *A Comissão de Legislação e de Justiça Civil e Criminal vio o Requerimento de Cypriano José Barata de Almeida, prezo na Fortaleza da Lage, o qual se queixa, que tendo sido condemnado por sentença, no dia 22 de novembro de 1825, à prisão perpetua em huma das Fortalezas desta Corte, vê-se com excesso no modo de execução da mesma sentença, encerrado em huma masmorra cravada dentro da muralha da Fortaleza da Lage, debaixo da abobada della, privado de communicar-se com a espécie humana, huma vez, que*

6.4 O código criminal de 1830

Em cumprimento à determinação constitucional do Art. 179, 18º, que determinou a organização de um Código Criminal para o ordenamento legal do país em 16 de dezembro de 1830 foi sancionado pelo Imperador D. Pedro I o Código Criminal Brasileiro, fruto do projeto elaborado pelo deputado mineiro Bernardo Pereira Vasconcelos, o qual tendo sofrido várias modificações em sua forma original fora devidamente aprovado na Câmara de Deputados e no Senado. Este Código Criminal, o pioneiro em nosso ordenamento, possuía 313 artigos divididos em quatro partes: I – Dos crimes e das penas; II dos Crimes Públicos; III dos Crimes Particulares e IV dos Crimes Policiais. Para que possamos formar um quadro que possibilite uma percepção ampla da situação legal determinada pelo ordenamento criminal quanto ao sistema prisional/penitenciário, passaremos a compilar alguns artigos do título II, denominado das Penas, que em seu capítulo I determina as seguintes providências legais: Da qualidade das penas e maneira como se hão de impor e cumprir:

não seja pessoa de sua família a qual reside na Bahia; vindo assim o suplicante, além de ser o primeiro e único que sofre prisão em tal Fortaleza, a qual nunca foi declarada prisão Civil, a viver como sepultado debaixo de huma abobada, por isso que o ar não circula allí, prisão esta, que parece mais própria para dar morte lenta, do que, para simples segurança; tendo chegado o excesso de execução a tal ponto que o Commandante da Fortaleza declarou também e fez effectiva a incommuniabilidade de hum único escravo que o servia(...) e reduzindo sua queixa a 5 pontos principais – 1º que sendo sentenciado à prisão perpétua em huma Fortaleza, e devendo as penas impostas em nome da Lei ser entendidas e applicadas pelo modo mais favorável. Tem elle direito a ser preso naquella Fortaleza, onde haja menos a soffrer e não na da Lage, a mais incommoda e atormentadora, pois que até em ocasião de temporal fica incommunicavel com a terra, sem que então se possam obter as cousas necessárias à vida, das quaes hum miseravel preso não pode fazer antecipado provimento; 2º Não ser aquella Fortaleza declarada prisão civil; 3º Estar encerrado em huma masmorra, quando a sentença só manda que esteja preso em huma Fortaleza; 4º a incommunicabilidade arbitrariamente accrescentada à sentença; 5º a natureza da masmorra humida, e não arejada, contra a litteral prohibição da Constituição (...). A comissão limitando-se à óbita de suas attribuições e conhecendo a necessidade de dar-se prompto remédio, que pedem os soffrimentos do Supplicante causados pelos excessos allegados, que se achão inteiramente provados com os documentos juntos; considerando também que taes excessos não são compatíveis com a justiça, que elle reclama em seus soccorro, em com a disposição do §21 do art. 179 da Constituição(...)

A pena capital foi devidamente tratada entre os artigos 38 e 43, e determinava expressamente que fosse “dada na forca”, sendo muito interessante ressaltar que uma Lei de 11 de setembro de 1826 já determinava que não fossem cumpridas as sentenças de pena extrema sem que fosse levado ao conhecimento do Imperador, que poderia conceder o perdão ou a comutação em outro tipo de pena. Situação que parecia uma aberração ao relator do Código Criminal (VASCONCELOS, 1899), pois entendia que havia uma intervenção do Poder Moderador sem que houvesse para a motivação de sua decisão parâmetro legal inerente ao procedimento penal.

Quanto à pena de Galés, prevista nos artigos 44 e 45, o art. 44 dispunha que “sujeitará os réos a andarem com calceta no pé e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregar-se nos trabalhos públicos da província onde tiver sido cometido o delicto, à disposição do governo”. Tratava-se de uma expressão, segundo Juvenal Greenhalgh (1998) relacionada à antiga classificação dos navios antes do emprego do vapor, onde havia os de borda baixa e os de borda alta, sendo os primeiros representados pelas *galés* e os segundos pelas *naus*. Enquanto as *naus* possuíam como principal sistema propulsor o vento através das velas de pano, as *galés* eram propulsionadas pela força manual através dos remos. Esclarece Greenhalgh que na antiguidade segundo Plutarco existiam registros de navios que possuíam quatro mil remadores, no entanto na idade moderna os navios possuíam entre 150 e 600 remadores.

Na ausência de voluntários para este tipo de trabalho as nações passaram a utilizar-se da mão de obra de seus condenados. Em Portugal e Espanha os condenados eram denominados *Galeotes*, na Itália *galleótos*, na França a princípio *galerien* e depois *forçats*, no Brasil eram simplesmente denominados *galés*. Não há como determinar até quando os *galés* propulsionavam navios no Brasil, mas há notícias que na Bahia no ano de 1699 havia registro destes presos, e, também, que no ano 1757 constava a existência na Ribeira das Naus de um *patrão de galé*, assim como constava que no ano de 1798 na planta do Arsenal da Marinha no Rio de Janeiro, existia de uma “Casa dos Galés”, onde deveriam recolherem-se ao final do trabalho. Podendo presumir-se que tal prática punitiva persistiu até meados do século XIX, quando ocorreu a predominância dos navios com propulsão a vapor. Desta forma não mais havendo *galés* para serem propulsionadas pelos condenados, este tipo de condenação voltou-se para o cumprimento de trabalhos públicos, ficando os condenados recolhidos em prisões de terra ou “pontões”, que eram velhas *naus* imprestáveis passadas à reserva da armada por aguardarem longos reparos ou a baixa do serviço ativo.

Estas prisões marítimas que recolhiam os *galés* receberam o sugestivo nome de *Presigangas*, um vocábulo brasileiro que em livre interpretação somava o sufixo *ganga* (*nganga/enganga*)

de origem africana referente a lideranças étnicas (LOPES e MACEDO, 2017, fls. 135) com o radical “preso”. Para termos uma melhor visão deste sistema prisional diferenciado que muito auxiliava ao equilíbrio do incipiente sistema penitenciário terrestre segundo Juvenal Greenhalg: “Datam de meados de 1808 as primeiras comunicações do inspetor do Arsenal ao almirante-general, (...) sobre o recolhimento de presos à Nau Príncipe Real. Tratava-se, em sua maioria, de operários recrutados para trabalho obrigatório no Arsenal ou dele desertados, que debaixo de prisão eram compelidos a cumprir este dever” (...) “Presos em terra por autoridades civis, eram eles remetidos à guarda do Arsenal. Não havendo aí espaço para alojá-los, que no seu corpo, quer nas pequenas prisões existentes no Arsenal, no começo da ladeira do Mosteiro de São Bento e na Casa da Cal, e não convindo, por alguma circunstância, mandá-los para a galé – compartimento do Arsenal assim também chamado porque aí dormiam os condenados a nele cumprirem essa pena -, determinava o inspetor que fossem recolhidos a bordo dessa nau, que, desarmada, já servia como depósito de recrutas” (...) “Mais tarde, foram para ali sendo mandados, além dos presos incursos nessa falta, toda espécie de sentenciados: degredados vindo de Portugal que aguardavam condução para seus degredos, alguns acompanhados de suas mulheres; condenados às galés que, acorrentados, trabalhavam nas oficinas do Arsenal e na pedreira da Ilha das Cobras; desertores dos navios de Esquadra etc” (GREENHALG, 1998, fls. 13).

Sob as condições do sistema prisional/penitenciário com relação às condições da escravidão, Humberto MACHADO (1993, fls. 84) nos informa que a condenação dos escravizados às *galés* “era uma forma de libertação das crueldades do fazendeiro”, citando como exemplo um ofício, de, Ednardo Pindahiba de Mattos juiz de direito de Barra Mansa, RJ ao Conselheiro Francisco Xavier Pinto Lima datado de 22 de junho de 1876: “(...) a reprodução de tais crimes, é a convicção que reina entre os escravos, de que já não há mais força para eles, e quem mata a seu senhor, feitor ou administrador vai trabalhar para o Rei em uma Ilha: o que consideram eles mil vezes preferível a seu cativo. É tão certa esta crença que tem acontecido voltar ao Juri, escravo que pelo primeiro foi apenas condenado a açoites, tendo ele declarado na cadeia que matava pela segunda vez para ser condenado a galés como havia sido outros seus parceiros (...)”.

Sob o aspecto da adequação da pena de galés no período monárquico europeu ao binômio da utilidade-necessidade em face das condições sócio temporais que conduziam a política do pensamento jurídico da época, Carlos Mahiques, desenvolveu uma brilhante reflexão sobre a, ainda que inconsciente evolução da punição aos serviços de galés, em benefício ao condenado, dentro do universo das possibilidades muito mais prejudiciais que se faziam possíveis: *“El desarrollo de las penas de las galeras no refleja solamente las nuevas necesidades del Estado sino también sus nuevas capacidades. El aporte de condenados debió ser ajustado as las*

necessidades fluctuantes de la flota. En este sentido, si La pena de las galeras no constituyó em ningún caso um adelanto humanitário y si indiscutiblemente um adelanto administrativo, confirma que el estado monárquico accedió a una madurez suficiente como para conservar a los marginales buscando explotarlos más que destruirlos” (MAHIQUES, 2003, fls. 113).

Concluindo-se que as forças históricas que conduziram o poder central em desenvolver escolhas dentro da sistemática penitencial, onde, ainda que com interesses políticos, passaram o centro da teoria da pena para a manutenção da condição do ser humano em detrimento de uma solução de simples eliminação dos insurgentes aos (des)mandos do ordenamento sociojurídico.

Quanto à pena de prisão com trabalho, regulamentada no art. 46, que determinava a ocupação de trabalho no interior do recinto das prisões, complementado pelo art. 48, o qual indicava que seria cumprida “nas prisões públicas que oferecerem maior commodidade e segurança e na maior proximidade que for possível dos lugares dos delictos(...)”, exige-se um pouco de reflexão, principalmente sobre a viabilidade de seu cumprimento, pois como vimos neste capítulo poucas eram as unidades prisionais existentes, e tirando o exemplo relacionado ao preso Cipriano Barata que encontrava-se trancafiado em uma masmorra e pleiteava seu direito constitucional do art. 179, 21º, as outras prisões não dispunham de forma alguma da mínima comodidade ou segurança.

A disposição de fixação da prisão próxima ao local do delito historicamente transmutou-se ao inverso, pois se a princípio havia preocupação com a prestação de contas do preso com a sociedade do local do crime, propiciando a satisfação de ver o criminoso cumprir rigorosamente sua punição, hoje podemos verificar que o interesse legal é o cumprimento da pena pelo condenado próximo de seus familiares, para que possa contribuir no fim ressocializador da pena. Para tanto, tratando-se de interpretação sociojurídica podemos constatar, conforme Marcos David Salem que “o Código Criminal de 1830 deve ser entendido sob o prisma da dicotomia entre o liberalismo e a escravidão” (SALEM, 2007, fls. 37) e que o sistema de penas, no que tange às penas de galés era “considerada por demais desmoralizadora e aviltante” quando comparados à pena de prisão com trabalho que seria mais adequada face à sua capacidade regeneradora.

6.5. As relações legais sob o aspecto da igualdade

Quanto ao papel do acusado diante do poder judiciário, como sujeito de direito, constatamos que as leis, espelhando a organização escravocrata predominante na sociedade do início do século XIX, não proporcionava o devido acesso ao princípio

do Direito Natural relativo à igualdade. A Lei de 10 de junho de 1835⁴⁸, conhecida pejorativamente como *estatuto dos escravos*, tornou-se o grande diferencial diante da aplicação do ordenamento penal, pois passava a legislar especificamente sobre os crimes cometidos por escravizados em face de seus “senhores” e prepostos. Ainda que seu fim jurídico fosse garantir a ordem pública, há que se observar que esta garantia era voltada especificamente para a classe dominante, mas de qualquer forma, por seu poder imperativo tornou-se o mote das relações jurídicas entre os poderosos “senhores do café” do Vale do Paraíba, agora integrantes da nobreza do império, e seus escravizados cujo contingente populacional crescia vertiginosamente diante dos enormes lucros obtidos com a cafeicultura junto à sua insatisfação com a escalada de violência que sofriam face sua condição de mão de obra barata e descartável.

Esta normatividade foi aplicada em um processo histórico relacionado aos fatos ocorridos no ano de 1838 na Comarca de Vassouras, que se iniciou com a fuga de mais de duzentos escravos entre homens e mulheres que se embrenharam nas flo-

48. A Regencia Permanente em Nome do Imperador o Senhor D. Pedro Segundo Faz saber a todos os subditos do Imperio que a Assembléa Geral Legislativa Decretou, e Ella Sancionou a Lei seguinte: Art. 1º Serão punidos com a pena de morte os escravos ou escravas, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ou fizerem outra qualquer grave offensa physica a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morarem, a administrador, feitor e ás suas mulheres, que com elles viverem. Ver tópico (79 documentos) Se o ferimento, ou offensa physica forem leves, a pena será de açoutes a proporção das circunstancias mais ou menos aggravantes. Art. 2º Acontecendo algum dos delictos mencionados no art. 1º, o de insurreição, e qualquer outro commettido por pessoas escravas, em que caiba a pena de morte, haverá reunião extraordinaria do Jury do Termo (caso não esteja em exercicio) convocada pelo Juiz de Direito, a quem taes acontecimentos serão immediatamente communicados. Ver tópico (54 documentos) Art. 3º Os Juizes de Paz terão jurisdicção cumulativa em todo o Municipio para processarem taes delictos até a pronuncia com as diligencias legaes posteriores, e prisão dos delinquentes, e concluido que seja o processo, o enviarão ao Juiz de Direito para este apresenta-lo no Jury, logo que esteja reunido e seguir-se os mais termos. Ver tópico (52 documentos)
- Art. 4º Em taes delictos a imposição da pena de morte será vencida por dous terços do numero de votos; e para as outras pela maioria; e a sentença, se fôr condemnatoria, se executarà sem recurso algum. Ver tópico (166 documentos)
- Art. 5º Ficão revogadas todas as Leis, Decretos e mais disposições em contrario.

restas com fins de formação de um quilombo na região denominada Santa Catarina, localidade pertencente à Vila de Paty do Alferes. A gravidade da insurreição foi de tal gravidade que além da perseguição efetuada pelos elementos locais da Guarda Nacional, que chegaram a sofrer uma baixa fatal em embate direto com os fugitivos, o Império designou um destacamento do exército comandado por aquele que seria em breve o Duque de Caxias, para conter a insurreição. Presos os líderes do movimento, abriu-se um processo na Comarca de Vassouras (PINAUD, 1987), onde para efeito intimidador (preventivo geral) culminou-se com a condenação à morte de um dos insurgentes, dito cabeça do movimento, Manoel Congo. O proprietário dos escravizados insurgentes além de acusador, também era o curador dos mesmos e possuía a obrigação legal de nomear advogado de defesa para os acusados, dentro deste quadro de evidente conflito de interesses o juiz homologou a nomeação do defensor dativo que silente aos direitos do preso condenado à morte nem ao menos requereu, na forma do art. 3º da Lei de 11 de setembro de 1836, o pedido de graça ao Imperador. Sendo estes os moldes que regeram as relações entre os grupos minoritários, formados por escravizados, pretos forros (escravizados libertos), indígenas, quilombolas e todos os pobres do imenso Vale do Paraíba face à classe *senhorial* dominante, que além de deter o poder econômico também ocupava os cargos do legislativo e do judiciário moldando um panorama de opressão face a qualquer possibilidade de implantação do princípio da igualdade.

6.6 A primeira “penitenciária”

Neste universo próprio do século XIX onde a classe dominante agrícola por suas extensões sociais defendia a posição intransigente da permanência da enorme desigualdade reinante, lutando para manter o poder das “casas grandes” através da oferta de apoio de sustentação ao Poder Imperial e ocupando com seus membros os cargos do judiciário e do legislativo é que ocorre a grande transformação do sistema prisional/penitenciário do século XIX com a fundação da Casa de Correção do Distrito Federal.

Trata-se de um projeto iluminista, previsto em uma Carta Régia de 08 de julho de 1769, que mandara estabelecer uma Casa de Correção na cidade do Rio de Janeiro, que ficou esquecido por força de uma diversidade de motivos que povoavam a realidade do século XVIII. Projeto que o Império retomou em 1831 com a formação da Comissão da Sociedade Defensora da Independência Nacional que apresentou relatório indicando

que o plano da Casa de Correção seguiria a planta da prisão de Gênova: “as prisões em forma de raios teriam corredores que pudessem ser devassados de um só lugar, e dispostos de maneira a admitir oito classes de presos, contendo oito divisões de dois andares cada uma” (AZEVEDO, 1969, Fls.441).

Esta enorme empreitada do poder público serviria para cumprir uma determinação do Código Criminal quanto à substituição das penas de galés, que estavam em desuso social e tecnológico substituindo-as por penas de prisão com trabalho pelo mesmo tempo da condenação. As obras iniciaram-se em 1834 com a compra do terreno para sua construção, e contou com realização de loterias públicas nos anos de 1835 e 1844. Tendo sido removidos para ali os escravizados prisioneiros do Calabouço no ano de 1837 para que dessem continuidade à obra, a qual em 1840 já apresentava edificadas os dois primeiros pavimentos do primeiro raio da penitenciária.

O viajante norte americano e missionário metodista Daniel P. Kidder (2001) tendo residido na cidade do Rio de Janeiro entre os anos de 1837 e 1840 registrou quanto à construção da Casa de Correção onde evidenciava-se a utilização de mão de obra dos presos como elemento crucial⁴⁹. Ainda, quanto à construção da Casa de Correção o

49. KIDDER, Daniel P. Reminiscências de viagens e permanências no Brasil: Rio de Janeiro e Província de São Paulo. trad. de Moacir N. Velloso, Brasília: Senado Federal, 2001, p. 90/1. “A Casa de Correção está situada ao pé de uma alta montanha entre os subúrbios de Catumbi e de Mata Porcos. Os terrenos a ela pertencentes são cercados por elevados muros de pedra construídos pelos sentenciados que de há muito vem executando obras tendentes a melhora o estabelecimento. Na encosta do morro existe uma pedreira onde muitos presos trabalhavam lavrando as lajes necessárias para aumento do prédio e dos muros. Outros carregaram terra em uma grande bandeja de madeira que levam sobre a cabeça, indo e vindo de um extremo ao outro do terreno e às vezes de dentro dos muros até a fimbria do mangue, a cerca de uma milha de distância, o qual pois esta forma vai sendo aos poucos posto a salvo das marés altas e convertido em terreno aproveitável. Os criminosos mais insubordinados são acorrentados geralmente aos pares, mas, outras vezes, caminham quatro ou cinco jungidos à mesma corrente que vai presa à perna de cada um. É para aí que se mandam os escravos desobedientes ou insubordinados. Os negros são recebidos a qualquer hora do dia ou da noite e aí ficam até que os seus senhores os venham reclamar.”

Quadro triste esse que contemplávamos de passagem, destacando-se de quando em vez, várias dezenas de sentenciados acorrentados, em pelotões marchando sob a guarda de soldados, desde os muros da Casa de Correção até as barracas, em Mata-Porcos, onde pernoitavam depois de um dia de penoso trabalho. Alguns desses infelizes – como outros que se encontravam diariamente nas ruas – usavam enorme colarinho de ferro com uma extremidade que se projetava para cima, do lado da cabeça. Esse

missionário Kidder também testemunhou a velha prática de obtenção de mão de obra para as obras públicas pelo poder governamental, recrutando-as entre as classes desprovidas de instrumentos para a luta por seus direitos, criando-se assim uma dívida social que, até hoje, temos com os antigos integrantes de nosso sistema prisional⁵⁰.

Dentro da enorme gama de recolhidos ao sistema prisional para prestação de serviços públicos Kidder narra que sua empregada doméstica, de origem irlandesa, tendo tirado o dia de folga dirigiu-se à cidade para visita a pessoas de suas relações não retornando ao trabalho. Dias depois uma carta, escrita em fluente inglês, informava que ela havia sido recolhida à Casa de Correção face uma injustiça da polícia “onde depois de terem cortado os cabelos, obrigaram-na a carregar terra como escrava” (KIDDER, 2001, fls. 96). Em seu socorro compareceu à presença do diretor da Casa de Correção quando foi informado que ela foi encontrada embriagada e provocando algazarra nas ruas e por este fato fora condenada a um mês de prisão e findo este prazo seria posta em liberdade mediante o pagamento da carceragem.

Segundo Rodrigo Duque Estrada Roig (2005) a inauguração da Casa de Correção ter-se-ia dado em 01 de agosto de 1850, no entanto para Frédéric Mauro (1991) a inauguração ter-se-ia dado em 1852, informando ainda que o viajante Hadfield achou que a rotina a que estavam sujeitos os cento e vinte prisioneiros era “admiravelmente

cruel distintivo geralmente indicava um escravo egresso que havia sido recapturado

50. Ibidem, p. 89/90. “O Sr. Walsh observou, em 1828, que raramente se viam mendigos nas ruas do Rio de Janeiro. Todavia, em 1838 a situação era inteiramente outra. Devido à brandura e ao descaso mesmo, da polícia, grande número de vagabundos perambulava constantemente pelas ruas pedindo esmolas; indigentes de todas as espécies faziam ponto em lugares determinados, nas ruas da cidade, onde saudavam os transeuntes como que num lamento “Favorece o seu pobre pelo amor de Deus”. Se alguém se lembrasse de dar a resposta competente – “Deus lhe favorece” – em vez do óbolo esperado, dificilmente deixava de ouvir um impropério. Quando este estado de cousas estava no auge e constava que muitos vagabundos se faziam passar por mendigos, o chefe de polícia empregou contra eles um hábil expediente. Ofereceu aos guardas uma gratificação de 10\$000 por pedinte que conseguisse prender e levar à Casa de Correção. Dentro de poucos dias as autoridades recolheram nada menos de cento e setenta e um vagabundos, mais de quarenta dos quais foram empregados no Arsenal de Marinha. Os demais que tiveram que trabalhar na Penitenciária até pagar as despesas feitas com a sua prisão. Tal medida produziu os mais salutares efeitos, pois a partir de então, passou-se a ver muito menos mendigos nas ruas, conquanto os indigentes que de fato necessitavam da caridade pública continuassem a ter plena liberdade de exercer a mendicância”

dirigida”, mas para Moreira de Azevedo muito antes já havia sido recebido o primeiro prisioneiro “que tendo sido condenado a galés perpétuas e à pena de morte se fugisse viu sua sentença comutada em prisão com trabalho” (AZEVEDO, 1969, fls.443/4), versão esta que diante dos depoimentos do viajante Kidder nos parece a versão mais plausível.

A grande discussão que envolvia tanto a continuidade do traçado da instituição como a determinação dos procedimentos correcionais a serem adotados era determinar qual o sistema prisional seria adotado, conforme Evaristo de Moraes baseando-se em relatório do Ministro da Justiça em 1851: “Menos de uma anno depois de inaugurada a Casa de Correção, já reconhecia o Ministro da Justiça que a experiência ia mostrando serem necessárias alterações importantes nos raios que ainda estavam por construir. No mesmo ponto do relatório, mostrava-se o Ministro (que ainda era Eusébio de Queiróz) indeciso acerca da adopção de qualquer dos dois systemas, o de Auburn e o da Pensylvania, aconselhando prudência no assumpto. Dizia textualmente: “Bom é deixar que o tempo nos habilite a proceder sem precipitação” (MORAES, 1923, fls. 14).

A implementação de um regime prisional/penitenciário já encontrava ressonância tão grande em âmbito nacional, que o jornalista, bacharel em direito e liderança do movimento católico, Antônio Pedro de Figueiredo, no ano de 1847 publicou na cidade do Recife nas páginas do Jornal O Progresso uma série de artigos relacionados à reforma do sistema penitenciário nacional, que por sua importância temporal, tratamos ser um verdadeiro marco histórico jurídico brasileiro (LARA, 1977, fls. 246/8)⁵¹

51. “Uma vez condenado o antigo sistema, como imoral, cruel, contrário ao alvo social, a desaparecer o mais cedo possível, era forçoso apresentar outro mais justo, e mais conforme o alvo da penalidade. Concorde em atacá-lo, os partidários da reforma se dividiram quanto à escolha do sistema que devia substituir ao antigo, e daí surgiu grande número de sistemas penitenciários.

Entretanto, todos os propostos se podem reduzir a três sistemas principais, cujo tipo se encontra nas prisões penitenciárias de Auburn, de Cherry-Hill e de Genebra: procuraremos pois esboçar-lhes em poucas palavras os traços característicos.

Antes de tudo observaremos que divididos quanto ao modo de encarceramento que deve de haver para com os condenados, os partidários de Auburn, de Cherry-Hill e de Genebra são quase unânimes no reclamarem, para os indiciados e acusados, um sistema em que se não dê o menor contato entre os detentos, e por isso todos adotaram o sistema chamado celular em que cada detento ocupa uma cela separada, e vive completamente isolado dos outros, de dia e de noite. Ainda se dá outro ponto de contato entre todos os sistemas.

Todos os partidários das reformas penitenciárias são contagionistas. Todos compreenderam que a sociedade devia ter em vista não só punir o delinquente, mas também corrigi-lo, torná-lo útil à sociedade; e que de um lado era o

Dando continuidade em sua brilhante incursão doutrinária sobre os regimes penitenciários existentes naquele início do século XIX, passou a apresentar o sistema da penitenciária de Genebra, onde definiu a diferença do mesmo face ao sistema *auburniano* especificamente na existência de uma “classificação por moralidade presumida, e o atrativo das recompensas” (LARA,1977, fls.248), que de forma sintética conferia vantagens físicas ao custodiado na execução da pena. Para logo depois apresentar o sistema da penitenciária de Cherry-Hill, que era o denominado *Pensilvaniano*, dis-

trabalho a mais moralizadora das instituições; e de outro a causa mais enérgica das reincidências, achava-se nas convivências da cadeia, nessa influência desmoralizadora que faz com que cada encarcerado suba um degrau na escala do crime. Assim todos querem empreender a reforma, obrigando os detentos a trabalharem, isolando uns dos outros para impedir esta convivência de que acabamos de falar; mas diferem completamente quanto aos meios de obter este isolamento.

Em Auburn (cidade dos Estados Unidos da América) onde se instalara pela primeira vez o sistema que tem este nome, todas as noites são os detentos encerrados cada um em uma célula, e de dia trabalham juntos em vastas oficinas, onde devem guardar silêncio absoluto, sob pena dos mais rigorosos castigos; qualquer comunicação, ainda, mesmo por gestos, lhes é severamente vedada, e guardas armados giram continuamente para velarem na estrita execução da regra, e punir as infrações por via de castigos corporais.(...)

Sob o ponto de vista fiscal, como as células não são habitadas pelos encarcerados senão durante a noite, podem ser bastante pequenas a fim de serem pouco dispendiosas. E como os detentos trabalham em comum durante o dia, pode-se empregá-los nas indústrias mais lucrativas; e as penitenciárias estabelecidas sob este sistema em vez de serem, como de ordinário, um encargo para o governo, lhe fornecem pelo contrário, um ramo de rendas. E sob o ponto de vista da moralização dos delinquentes, as vantagens de tal sistema ainda seriam maiores. Privados de todas as relações com os seus companheiros de reclusão, os detentos se recolheriam em si, e se arrependiam dos seus delitos. O hábito do trabalho contraído na prisão, faria que eles, depois da soltura, continuassem a trabalhar, para com honra adquirirem meios de subsistência; e a presença dos seus numerosos companheiros de prisão, ocupados nos mesmos trabalhos, sofrendo a mesma pena, lhes faria suporta o castigo com resignação, e evitara a desordem das faculdades intelectuais, que segundo a opinião de grande número de médicos, ataca necessariamente os detentos que se conservam por largo tempo numa solidão absoluta.

Por todas estas considerações fiscais e morais, e principalmente por causa das primeiras, e também por se prestar facilmente às exigências do culto católico, o sistema d’Auburn tem em seu favor uma decisão do congresso científico de Florença em 1841, o apoio constante do clero belga, uma recente decisão do governo português, e entre nós, a opinião dos primeiros fundadores da penitenciária da Bahia. Não citaremos aqui os diretores dos diversos estabelecimentos em que este sistema é posto em prática, por serem mui interessados na questão”

cutindo-se através da imprensa sobre as vantagens e desvantagens de cada sistema, sempre preocupado em apresentar um tom simples de ser captado pelos leitores e fundamentalmente manter associada à percepção jurídica a preocupação humanitária religiosa. (LARA, 1977, fls. 248/50)⁵²

52. “Em Cherry Hill (...) onde se acha em vigor o sistema pensilvano, os detentos vivem materialmente isolados uns dos outros, do modo mais completo. São claustrados em células separadas umas das outras por enormes paredes, construídos de maneira que se não dê meio algum de comunicação possível. O detento nem sequer vê a pessoa que é encarregada de lhe levar os alimentos, porque estes lhe são dados por meio de uma roda, semelhante, às que servem para receber os meninos enjeitados.”

“Passados que sejam os primeiros momentos de furor, muita vez seguidos de prostração física e moral, que acompanham os primeiros dias de encarceramento, ao cabo de pouco tempo, o detento é o próprio que pede trabalho, e se lho dá. De quando em quando é visitado por um ministro da religião, que procura fortificar nele o arrependimento, e as boas intenções que a solidão lhe deve de ter inspirado; de quando em quando também o diretor da prisão, e os membros da comissão de vigilância o vão visitar; e as vezes até se concede esta permissão a parentes dos detentos; mas, aí, nem esperança de recompensa, nem de perdão.”

“Este sistema superficialmente modificado em alguns detalhes obteve em seu favor um número respeitável de partidários. Demetz, Júlio e Crawford, mandados a América pelo governo Inglês, francês e Prussiano pronunciaram-se altamente a favor dele; e suas opiniões foram adotadas pelos seus governos e grande número de publicistas (...) o congresso científico reunido em Milão em 1843; o congresso reunido ultimamente em Francfort e enfim, a opinião pública em França, Inglaterra, Bélgica, Alemanha, arvoraram a mesma bandeira.”

“Entre nós, também vimos a comissão nomeada ultimamente pelo presidente da Bahia, para o estudo da questão, pronunciar-se igualmente em favor do sistema pensilvano; é pois provável que a penitenciária da Bahia que primitivamente fora destinada para o sistema d’Auburn, haja de receber as modificações necessárias a aplicação do sistema celular.”

“Os adversários do sistema pensilvano fazem-lhe três censuras principais.” “Exigir ele grandes despesas de instalação, e não dar senão rendas insuficientes em consequência da impossibilidade que se dá em empregarem os detentos em trabalhos mais lucrativos; e ensinar um ofício àqueles que o não sabem.” “O ser anti-social, pois condena à solidão um ente criado para viver com os seus semelhantes, e que, em saída da prisão deve outra vez juntar-se com eles.” “E enfim, o ser cruel e ocasionar aos detentos sofrimentos inauditos em consequência da solidão a que os condena, e produzir necessariamente, em se prolongando a detenção, ora um irritação excessiva, ora um esfalfamento físico e moral, donde resultam frequentes casos de loucura.”

“Segundo eles, o encerramento solitário é uma medida de desmesurado rigor, que reduz a existência do detento a uma espécie de vegetação; torna o homem insociável, e lhe ensina não a viver, mas a morrer, entretanto que o silêncio absoluto do sistema de Auburn deixa o homem consigo mesmo e não o delinquente com o delinquente;

6.7 Situação prisional no Brasil império

Ao mesmo tempo em que a capital do Império e outras capitais das províncias, como no caso acima relativo à cidade de Salvador, alçavam suas buscas por uma inserção nos moldes penitenciários dos países desenvolvidos, com a construção de modernas Casas de Correção, e, também, através de discussões sobre o regime penitenciário a ser aplicado quanto a seus presos nos moldes científicos da época, a situação das cadeias nas demais cidades provinciais do Brasil encontrava-se em uma crise de estagnação. Segundo Manoel Barros da Motta, O ministro da Justiça, Nabuco de Araújo, através de um relatório do ministério da Justiça, datado de 15 de maio de 1855, asseverava que faltavam prisões e as que havia estavam em mau estado de conservação, mas que “a construção das prisões está a cargo das províncias, mas suas rendas são tão minguadas e deficientes, que não é possível esperar tão cedo o remédio deste mal, que é um dos principais elementos da impunidade” (MOTTA, 2011, fls. 117).

Surge, então, a necessidade do comprometimento do governo central em amparar o desenvolvimento de um sistema prisional de âmbito nacional, tanto na parte financeira, efetuando-se os devidos aportes de capital, como na parte organizacional, fato que seria o marco da descentralização prisional e conseqüentemente o início da formação de um modelo jurídico nacional relacionado às temáticas prisionais. Seguindo nesta seara,

separa os detentos se que deixem de estar juntos, faz que eles se resignem com a sua sorte, e por isso ficam corrigidos de algum modo.” (...)

Quanto ao sistema Auburniano, apresentam-se os seguintes argumentos contrários: “O silêncio (...) cujo menor defeito é ser impossível, coloca os detentos num estado de luta perpétua entre a regra e as inclinações que contraria despoticamente. Mil vezes mais cruel que o encerramento solitário, ele faz que o detento sofra o suplício de Tântalo, e por meio dos rudes castigos que exige, tende sempre a excitar a revolta que não pode evitar senão por via de um dispendioso séquito de guardas armados. Numa palavra provoca para punir, multiplica os delitos, em vez de preveni-los, disfarça antes o contágio que o impede, e aí onde é ajudado pela classificação por moralidade, e atrativo das recompensas, desenvolve ele nos detentos, a inclinação à hipocrisia, e conseqüentemente se opõe a uma verdadeira regeneração.”

“De mais pouco varia a principal fonte das reincidências, as relações perigosas que, ainda mais que os preconceitos, opõem uma barreira invencível ao condenado que depois de ter cumprido a sentença aspira a entrar outra vez para o grêmio da sociedade.” “Se um infeliz detento, depois da soltura, ocultado os seus antecedentes, puder achar ocupação, o só encontro de um dos seus antigos companheiros de prisão será suficiente para o obrigar, por bem ou por mal, a seguir outra vez a vereda do crime, (...)

segundo Caiuá Cardoso Al -Alam (2008) vamos encontrar na província de São Pedro do Rio Grande do Sul a lei de 27 de junho de 1835 que regulamentava a construção e funcionamento da Casa de Correção, onde deveria haver uma oficina em que os presos se dedicassem aos trabalhos de marceneiro, alfaiate, sapateiro entre outros. Porém estas saudáveis recomendações legais não parecem ter sido implementadas conforme os estudos do autor assim como também não foram na Casa de Correção de Porto Alegre.

Nesta realidade tão distante da capital da Corte também predominava a utilização da mão de obra dos presos em proveito dos serviços públicos, com o pretexto de Correção, para manter-se esta prática já impregnada no poder governamental daquele tempo, conforme podemos observar nas pesquisas do mesmo autor: “Encontramos outras referências ao trabalho dos presos. Por exemplo em ofício datado de 12 de janeiro de 1848, a Câmara justificava ao Presidente da Província a diminuição dos gastos com a cadeia através do emprego dos presos nos serviços de limpeza, fornecimento de água, entre outros. O mesmo tipo de serviço em que estes mesmos presos faziam na Santa Casa de Misericórdia, ou seja, o Delegado autorizara o carregamento de água, e retirada de despejos do hospital. Estes documentos nos dão evidências para afirmar que enquanto na teoria os presos teriam que aprender ofícios especializados, como requisito para uma possível reinserção à sociedade, na prática não acontecia estas aprendizagens, sendo estes colocados em trabalhos comuns, não especializados” (AL-ALAM, 2008, fls. 113).

Diante de todas as transformações radicais que ocorreram no Brasil no século XIX, sobretudo as transformações político-sociais relacionadas à abolição da escravatura no ano de 1888 e à Proclamação da República em 1889, segundo Evaristo de Moraes no início do século XX nada mudou no panorama das prisões, mais especificamente na Casa de Correção do Rio de Janeiro, pois em 13 de outubro de 1910 foi decretado novo regulamento, ocasião em que foi reproduzido o art. 1º do regulamento em vigor desde o ano de 1900, o qual passou a vigir sob a égide do art. 2º: “Continua a ser nella observado provisoriamente o systema penitenciário de segregação secular para comer e dormir, e de trabalho em commum, durante o dia, sob o regimen do silencio (systema auburniano attenuado)” (MORAES, 1923, fls. 64/5).

7 A industrialização e a revolução dos direitos

7.1 A república

O declínio do ciclo econômico do café começou no final do século XIX modificando toda a estrutura geográfica do Brasil já no início do século XX. Os poderosos “senhores do café”, com seus títulos de nobreza e suas fazendas ornadas com o que havia de mais luxuoso no mercado europeu, passaram por um complexo conjunto de circunstâncias históricas, econômicas e sociais que não lhes permitiu compreender e se adequar a tempo de evitar o fim deste ciclo (TAMBASCO, 2004).

A escravidão no Brasil, o maior e mais triste flagelo de nossa história e consequentemente de nossas instituições jurídicas, finalmente havia terminado. Tardamente a sociedade brasileira passou a reconhecer o retrocesso, sob todos os aspectos humanos e espirituais, que era a manutenção de seres humanos em estado de servidão permanente sob o jugo cruel e quase sem limites de seus “senhores”. Em 13 de maio de 1888, com a sanção legal do fim da escravidão, grupos humanos passaram a caminhar livremente pelas estradas rurais e, também, comemorando nos espaços públicos urbanos uma nova realidade social, mas, aparentemente, pouco mudou, pois agora passavam a ser trabalhadores assalariados nas mesmas fazendas onde antes eram escravizados.

Sendo a abolição da escravatura fato previsível a economia brasileira já vinha se adaptando gradativamente a esta nova realidade. Foram introduzidos migrantes estrangeiros para substituição do sistema de trabalho escravizado rural, como, também, muitos fazendeiros já haviam optado pela alforria de seus escravos e estabelecido com estes libertos “relações trabalhistas” para a manutenção da produção de suas fazendas: “Entre 1873 e 1885 foram libertados aproximadamente 21.000 escravos, dos quais mais de 15.000 com alforrias dadas espontaneamente por seus donos. Não era absolutamente um ato de benevolência dos escravocratas. É que as fugas dos escravos eram cada vez mais constantes e o medo dos atos de violência contra seus senhores levava muitos deles a libertá-los” (DUARTE, 2002, fls. 33).

Pendiam questões relativas ao ressarcimento dos valores despendidos com a formação dos “plantéis” de escravizados, libertos sem nenhum pagamento de reparação aos seus “senhores” pelo Império. Questão que junto com outros fatos históricos, tais como a inserção do positivismo de Augusto Comte, sob seus aspectos filosófico e religioso, criaram uma insatisfação generalizada na classe dominante, culminando com a Pro-

clamação da República em 15 de novembro de 1889 (MORAES, 1985). Uma fase inicial republicana sustentada pelo militarismo, impôs o exílio da família imperial, fato que no ano de 1893, gerou uma cisão no meio militar, onde alguns militares insatisfeitos com os rumos da república defendiam a restauração monárquica, movimento denominado Revolta da Armada que culminou com a derrota militar de seus líderes (GOMES, 2013).

O recente Supremo Tribunal Federal, inaugurado em 28 de fevereiro de 1891, vivia sob a sombra do poder Republicano e quando mostrava sua independência logo era tolhido em seu funcionamento, fosse formalmente com a abstenção de nomeação de novos membros em sua composição ou de forma subjetiva com ameaças diretas a seus membros. Rui Barbosa, um dos maiores advogados do Brasil, ao postular habeas corpus a favor do Almirante Eduardo Wandenkolk, que juntamente com outros militares, políticos e jornalistas foram presos e desterrados por expressarem seu posicionamento contrário aos atos da Presidência da República, encadeou uma onda de sérias ameaças que resultaram na divulgação de uma célebre frase atribuída ao Presidente Floriano Peixoto: “Se os juízes do Tribunal concederem habeas-corpus aos políticos, eu não sei que amanhã lhes dará o habeas-corpus de que, por sua vez, necessitarão” (RODRIGUES, 1965, fls. 19).

Esta fase de organização política brasileira encontrou uma nova realidade social a ser enfrentada, por um lado já não havia senzalas para conter as grandes massas rurais que de alguma forma já não podiam ser contidas somente com a promessa de pagamentos por seus serviços, por outro lado a industrialização nacional com a chegada dos migrantes estrangeiros e de seu pensamento anarquista sindical. Com o deslocamento do plantio do café para as terras de São Paulo, ainda férteis portanto, propícias ao seu cultivo, e consequente reinvestimento dos lucros na implantação de novas tecnologias industriais, combinado com a chegada de uma grande massa migrante fugida da pobreza em que parte da Europa encontrava-se naquele momento, ocorreu o deslocamento do crescimento econômico para o estado de São Paulo, que se tornara o grande centro industrial brasileiro, proporcionando-se um novo quadro criminal: “Dos 365 crimes praticados em 1870, na província de São Paulo, 81 foram homicídios, 45 tentativas de homicídio e 118 ferimentos e outras ofensas físicas. Ocorreram, ainda, nesse ano, 15 furtos, 10 estelionatos e 8 roubos, além é claro, de outros delitos de menor importância” (...) “Esses algarismos revelam a grande disparidade entre os principais crimes contra a pessoa e os atentados ao patrimônio. Tal predominância continuará por mais alguns anos, notando-se certa mudança, somente a partir de 1875, quando os delitos de natureza patrimonial iniciam sua ascensão. Essa tendência coincidirá com os surtos

de crescimento e riqueza conhecidos pela cidade e com o ingresso cada vez maior de estrangeiros em nosso meio” (FONSECA, 1998, fls. 33).

7.2. Do ordenamento republicano

Neste cenário de importantes transformações históricas e sociais em que a instituição jurídica também se inseriu, a mudança política gerou a promulgação de uma nova Constituição Brasileira, e para acompanhar a nova ordem social imposta pelos fatos e fundamentos da nova sociedade industrial também um novo código penal. Antes mesmo da promulgação do novo Código Penal a República preocupava-se com o sistema de punições de nosso ordenamento penal, tendo publicado o Decreto nº 774 de 20 de setembro de 1890 com o seguinte teor “considerando que as penas cruéis, infamantes ou inutilmente afflictivas, não se compadecem com os princípios de humanidade em que no tempo presente se inspiram a ciência e a justiça sociais, não contribuindo para a reparação da ofensa, segurança pública ou regeneração do criminoso”, que por fim abolia a pena de galés.

A Constituição Federal Republicana, pelo Decreto nº 914 de 23 de outubro de 1890, incluiu alguns tópicos relativos ao sistema prisional/penitenciário na seção II, Declaração de direitos, do Título IV, Dos Cidadãos Brasileiros, nos parágrafos 21 e 22 do art. 72: §21. Fica abolida a pena de galés; §22. *È* abolida igualmente a pena de morte em crimes políticos. No entanto com a reforma constitucional de 1925/1926, ocorreu uma séria modificação nestas duas disposições normativas, passando-se a redação das mesmas na seguinte forma: §20. *Fica* abolida a pena de galés e a de banimento judicial; §21. *Fica igualmente abolida a pena de morte, ressalvadas as disposições de legislação militar em tempo de guerra.*

Quanto ao Código Penal, publicado em 11 de outubro de 1890, o que nos interessa objetivamente, para fins desta pesquisa é o título V: Das penas e seus efeitos; da sua aplicação e modo de execução, os quais nos parecem ser o indicado para a melhor compreensão das mudanças implementadas junto ao sistema prisional/penitenciário naquele final de século XIX⁵³, onde o primeiro artigo sintetiza o pensamento filosófico

53. **Art.** 44. Não ha penas infamantes. As penas restrictivas da liberdade individual são temporarias e não excederão de 30 annos. **Art.** 45. A pena de prisão cellullar será cumprida em estabelecimento especial com isolamento cellullar e trabalho obrigatorio, observadas as seguintes regras: a) si não exceder de um anno, com isolamento cellullar pela quinta parte de sua duração;b) si exceder desse

criminal do período com o arrolamento das penas existentes: **Art. 43.** As penas estabelecidas neste código são as seguintes: a) prisão celular; b) banimento⁵⁴; c) reclusão; d) prisão com trabalho obrigatório; f) interdição; g) suspensão e perda do emprego público, com ou sem inhabilitação para exercer outro; h) multa.

7.3. Do sistema prisional republicano

Evaristo de Moraes esclarece quanto ao regime penitenciário adotado que a questão foi devidamente esclarecida pelo Ministro da Justiça em seu relatório de 1891: “O Código Penal da República lançou as bases do Systema penitenciário que ao governo pareceu mais conveniente adoptar. É o systema de Philadelphia, combinado com o de Auburn, e modificado pelo methodo irlandez, numa palavra o de Crofton” (MORAES, 1923, fls. 48).

Com base em artigo da Revista de Jurisprudência acrescenta exposição do próprio autor do Código Penal, o Conselheiro Baptista Pereira: “abolida a pena de morte e supprimindo as penas perpetuas e infamantes, substituiu todas as penalidades do provido

prazo, por um periodo igual a 4ª 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.

Art. 46. O banimento privará o condemnado dos direitos de cidadão brasileiro e o inhibirá de habitar o territorio nacional, emquanto durarem os effeitos da pena. O banido que voltar ao paiz será condemnado a reclusão até trinta annos, si antes não readquirir os direitos de cidadão. **Art. 47.** A pena de reclusão será cumprida em fortalezas, praças de guerra, ou estabelecimentos militares. **Art. 48.**

A pena de prisão com trabalho será cumprida em penitenciarias agricolas, para esse fim destinadas, ou em presidios militares. **Art. 49.** A pena de prisão disciplinar será cumprida em estabelecimentos industriaes especiaes, onde serão recolhidos os menores até á idade de 21 annos. **Art. 50.** O condemnado a prisão celular por tempo excedente de seis annos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciaria agricola, afim de ahi cumprir o restante da pena. § 1º Si não perseverar no bom comportamento, a concessão será revogada e voltará a cumprir a pena no estabelecimento de onde sahiu. § 2º Si perseverar no bom comportamento, de modo a fazer presumir emenda, poderá obter livramento condicional, comtanto que o restante da pena a cumprir não exceda de dous annos. **Art. 53.** Ao condemnado será dado, nos estabelecimentos onde tiver de cumprir a pena, trabalho adaptado ás suas habilitações e precedentes occupações

54. Observe-se que esta pena de banimento vigorou somente até a inclusão da emenda constitucional da reforma constitucional de 1926 que a aboliu, o mesmo com relação ao art. 46.

arsenal do Código de 1830 pela prisão celllular, segundo o systema progressivo irlandez de Walter Crofton.” Complementado por outro trecho muito interessante “A grande novidade da revisão de 1890 é a unicidade de pena, cujo typo é a prisão celllular ao mesmo tempo intimidativa, repressiva e penitenciaria da qual se fez a chave da abobada de todo o systema repressivo” (MORAES,1923, fls. 49). Pelos ditames dos arts. 45 e 50 podemos observar que a dita unicidade ficou predisposta a uma série de variantes relacionadas ao tempo de condenação na pena a ser cumprida. Finalmente esclarece que até o ano de 1925 não havia sido ainda implementado “nem o systema progressivo ou irlandez e nem a prisão celular”, restando na prática a utilização do art. 409 do código penal que regia este interregno que seria meramente provisório: “enquanto não entrar em execução o systema penintenciario, a pena de prisão celllular será cumprida como a de prisão com trabalho nos estabelecimentos penitenciários existentes, segundo o regimen actual; e nos logares em que os não houver, será convertida em prisão simples com augmento da sexta parte do tempo” (MORAES,1923, fls. 51).

Para a efetivação dos ordenamentos do Código Penal seriam necessárias a “existência de estabelecimentos do typo pensylvaniano para a prisão celllular (1º estágio) e de penitenciarias a (3º estágio)”, que, infelizmente, quanto às prisões celulares somente havia um estabelecimento neste gênero em São Paulo⁵⁵ e quanto às penitenciárias agrícolas ainda não havia. Para o Coronel Aureliano Pedro de Faria, diretor da Casa de Correção do Rio de Janeiro, em 1894: “O systema penitenciário do Codigo Penal vigente continua a não ter outra execução que a disposta no art. 409 do mesmo Codigo, pela falta, que ainda não pode ser attendida, de um edificio celllular pelo systema de Philadelphia, e de um estabelecimento agrícola penitenciário, além dos industriaes especiaes, que também não há, conforme o prescripto nos artigos 45, 48 e 49 do Codigo” (MORAES,1923, fls.52).

Emergindo neste crescimento econômico um novo cenário do sistema prisional elaborado com toques de uma nova percepção científica mundial sobre a questão penitenciária e principalmente com a manutenção dos velhos costumes da manutenção hegemônica do poder através do uso das instituições judiciais e consequentemente prisionais/penitenciárias. A crônica jornalística do Rio de Janeiro, no ano de 1908, reuniu artigos publicados pelo jornal Gazeta de Notícias escritos sob o pseudônimo de

55. A Casa de Correção de S. Paulo, começada a construir em 1839 e posta a funcionar em 1852 “dispunha de quatro raios, de quarenta cellulas cada um”. Em 1880 haviam, cinco officinas: de marceneiros, sapateiros, alfaiates, funileiros e chapeleiros” (MORAES, 1923, fls. 52).

João do Rio, e entre eles há uma declaração do diretor da Casa de Detenção do Rio de Janeiro de que havia naquela casa um baixo contingente de presos, com quatrocentos e cinquenta e quatro detentos, sendo trezentos e noventa e cinco homens e cinquenta e nove mulheres. Havendo uma observação do arguto narrador quanto às condições em que eram submetidos os presos que aguardavam seus julgamentos: “O ócio dos cubículos é preenchido pelas lições de roubo, pelas perversões do instinto, pelas histórias exageradas e mentirosas (...) Oito dias depois de dar entrada numa dessas prisões, as pobres vítimas da justiça, quase sempre espíritos incultos, sabem a técnica e o palavreado dos chicanistas de porta de xadrez para iludir o jurí, leem com avidez as notícias de crimes romantizados pelos repórteres e o pavor da pena é o mais intenso sugestionador da reincidência. Não há um ladrão que, interrogado sobre as origens da vocação, não responda: - onde aprendi? Foi aqui mesmo, no cubículo” (RIO, 1987, fls. 147)

Para entendermos o paradoxo entre as evoluções denominadas científicas e as práticas remanescentes dos velhos costumes herdados da centralização do poder despótico, constata-se no âmbito das forças militares que as infrações administrativas e os crimes cometidos pelas praças ainda eram punidos pelos oficiais com pena de açoites. A insatisfação das praças com este tipo de punição remanescente do período despótico acabou culminando com um ato de insurgência denominado historicamente de Revolta da Chibata (MOREL, 1986), quando em 1910 as praças da Marinha tomaram os mais importantes navios de guerra da época e os posicionaram frente à cidade do Rio de Janeiro. Realizando-se um bombardeio que causou a evacuação da população em meio a uma onda de mortes e pânico, levando ao Presidente da República a reconhecer os direitos dos revoltosos e conceder-lhes a anistia. No entanto, em uma manobra ardilosa, logo após o retorno às condições de normalidade nas forças da marinha, os principais marinheiros envolvidos na revolta foram presos, sendo a grande maioria condenada a prestar serviços junto à Comissão Rondon, que tinha como missão interligar a região Norte do país às demais regiões através da implantação de linhas de telégrafo. Sendo importante frisar, para maior percepção dos fatos, que na obra de Todd Diacon, para o historiador Peter M. Beattie “o exército funcionava como um regime de trabalho nacional e uma instituição quase-penal em várias regiões do país” (DIACON, 2006, fls. 68).

Cem dos revoltosos foram enviados através do navio Satélite para a cidade de Santo Antônio da Madeira na Amazônia para que fossem integrados à Comissão, porém segundo Hélio Leôncio Martins (1988) havia muitos mais homens neste navio, pois além dos presos militares também havia presos oriundos da Casa de Detenção. Com

exceção dos que não foram mortos por fuzilamento a bordo, o restante foi entregue à Companhia da Estrada de Ferro Madeira-Mamoré para trabalharem nas obras de sua implantação em troca de comida e de suas subsistências naquela região selvagem, onde era quase impossível a evasão. Operação realizada em um sistema prisional muito próximo do sistema denominado *rent* aplicado nos Estados Unidos da América naquele período histórico e que de certa forma era uma maneira de diminuir as despesas do Estado com seus indesejáveis prisioneiros.

7.4 Constituições de 1934 e 1937

Esta fase de transformação social durou até 1930, quando através de um novo movimento revolucionário com origem na década de 20 denominado tenentismo (SODRÉ, 1980), iniciou-se um período de mudanças políticas, firmado pelo Decreto nº 19.398 de 11 de novembro de 1930 que culminou com a promulgação de uma nova Constituição em 16 de julho de 1934 que dispôs expressamente quanto ao sistema prisional e penitenciário no Capítulo II: Dos direitos e das Garantias Individuais, no inciso 29, do art. 113, que: Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro.

Constituição que teve curta vigência, pois com a instituição do Estado Novo em 1937 (SKIDMORE, 1976), um golpe de estado dentro de outro golpe de estado, veio a outorga de uma nova Constituição em 10 de novembro de 1937, e logo a seguir a sanção de um novo Código Penal no ano de 1940, muito adequado ao regime político que imperava os destinos do povo e do sistema prisional brasileiro, código o qual com os devidos reparos feitos em 1977, manteve-se em vigor até o ano de 1984, quando sua parte geral foi integralmente modificada para inserção de novos conceitos doutrinários.

Quanto à Constituição Federal de 1937 no que tange ao sistema prisional/penitenciário devemos destacar o art.122, denominado: *Dos direitos e garantias individuais*, que em seu inciso 13 prescrevia inicialmente a pena de morte para seis condutas, tendo sido modificado com a Lei Constitucional nº 01 de 16 de maio de 1938, para a manutenção das disposições iniciais e inserção de novas quatro alíneas: *Não haverá penas corpóreas perpétuas*. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra. A Lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes: a) Tentar submeter o território da nação ou parte dele à soberania de estado

estrangeiro; b) Atentar com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; c) Tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operação de guerra; d) Tentar com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; e) Tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social; f) A insurreição armada contra os poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito; g) Praticar atos destinados a provocar a guerra civil, se esta sobrevém em virtude deles; h) Atentar contra a segurança do Estado praticando devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror; i) Atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República; j) O homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade.

7.5 O Código Penal de 1940

Na seara deste regime ditatorial foi publicado o Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, atual Código Penal, cujo autor foi o prestigiado jurista e Ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Hungria. Normatização que originalmente apresentava a questão prisional e penitenciária no seu título V, *Das Penas*, cujo Capítulo I discorria sobre as penas principais, e conseqüentemente analisava as mesmas⁵⁶: **Art. 28.** As

56. Regras comuns às penas privativas de liberdade **Art. 29.** A pena de reclusão e a de detenção devem ser cumpridas em penitenciária, ou, à falta, em secção especial de prisão comum. § 1º *O sentenciado fica sujeito a trabalho, que deve ser remunerado, e a isolamento durante o repouso noturno.* § 2º *As mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, à falta, em secção adequada de penitenciária ou prisão comum, ficando sujeitas a trabalho interno.* § 3º *As penas de reclusão e de detenção impostas pela justiça de um Estado podem ser cumpridas em estabelecimento de outro Estado ou da União.* Reclusão **Art. 30.** No período inicial do cumprimento da pena de reclusão, se o permitem as suas condições pessoais, fica o recluso também sujeito a isolamento durante o dia, por tempo não superior a três meses. § 1º *O recluso passará, posteriormente, a trabalhar em comum, dentro do estabelecimento, ou, em obras ou serviços públicos, fora dele.* § 2º *O recluso de bom procedimento pode ser transferido para colônia penal ou estabelecimento similar: I - se já cumpriu metade da pena, quando esta não é superior a três anos; II - se já cumpriu um terço da pena, quando esta é superior a três anos.* § 3º *A pena de reclusão não admite suspensão condicional, salvo quando o*

penas principais são: I - reclusão; II - detenção; III - multa.

Para que possamos entender a relação do Código Penal de 1940 com o momento político e histórico que foi inserido buscamos na obra de seu autor uma impressão que pudesse esclarecer-nos, e para tanto observamos que a principal manifestação estava contida em um discurso do Ministro da Justiça Francisco Campos proferido na cerimônia de promulgação do Código: “O novo Código Penal é informado por uma vigorosa política criminal. As penas revelaram-se insuficientes na luta contra a criminalidade. O novo código estabelece as medidas de segurança destinadas a prevenir a criminalidade, criando novas garantias para a sociedade contra a legião cinzenta dos inadaptados, cujo número costuma crescer nas conjuras como a do nosso tempo, aumentando a zona do risco na medida em que cresce a densidade material e técnica da convivência humana” (...) “O sistema de penas era, igualmente, inadequado. Fugindo à rigidez e à indeterminação da pena, o novo Código adotou o compromisso da individualização da pena, dando, assim ao juiz uma larga margem de apreciação das circunstâncias e dos motivos do crime, bem como da personalidade do criminoso” (HUNGRIA, 1955, fls. 68).

Em que pesem as peculiaridades deste período político, onde ocorreram inserções de juízos de exceção⁵⁷ e prisão massiva de inimigos políticos do Estado⁵⁸, com reflexos diretos no sistema prisional, somente nos preocuparemos em demonstrar a situação normativa relativa à situação dos direitos dos condenados diante do sistema legal. No que tange especificamente ao direito penitenciário podemos constatar que para Alípio

condenado é menor de vinte e um anos ou maior de setenta, e a condenação não é por tempo superior a dois anos. Detenção Art. 31. O condenado a pena de detenção fica sempre separado dos condenados a pena de reclusão e não está sujeito ao período inicial de isolamento diurno. Parágrafo único. O trabalho, desde que tenha caráter educativo, pode ser escolhido pelo detento, na conformidade de suas aptidões ou de suas ocupações anteriores. Regulamentos das prisões Art. 32. Os regulamentos das prisões devem estabelecer a natureza, as condições e a extensão dos favores gradativos, bem como as restrições ou os castigos disciplinares, que mereça o condenado, mas, em hipótese alguma, podem autorizar medidas que exponham a perigo a saúde ou ofendam a dignidade humana. Parágrafo único. Salvo o disposto no art. 30, ou quando o exija interesse relevante da disciplina, o isolamento não é permitido fora das horas de repouso noturno.

57. Como exemplo a criação do Tribunal de Segurança Nacional, a princípio na Justiça Militar e posteriormente independente.

58. Um dos clássicos da literatura brasileira, Memórias do Cárcere, escrito por Graciliano Ramos, é a descrição das memórias de sua prisão, especialmente na penitenciária da Ilha Grande

Silveira: “Os reflexos teóricos dessa transformação penal, no campo penitenciário, foram intensos, embora tenham levado tempo mais ou menos longo para se concretizarem – e assim mesmo parcialmente – nas nossas instituições presidiárias” (SILVEIRA, 1965, fls. 161). Esclarecendo que surgiram, por disposição legal, ao lado da prisão comum e, também, da penitenciária outros estabelecimentos para o cumprimento de medidas de segurança detentivas: Casas de Custódia e Tratamento; Institutos de Reeducação e Colônias Penais, mas que os sistemas estaduais ampliaram suas autonomias e o Estado de São Paulo também implantou a partir de 1955 os Institutos Penais e Agrícolas.

7.6 Constituições de 1946 e 1967

Posteriormente, com o retorno do Estado democrático, houve a promulgação de uma nova Constituição em 1946 juntamente com o restabelecimento da democracia, sendo relevante nesta Carta Magna o art. 141 que em seu parágrafo 31 dispôs sobre o regime prisional penitenciário: “Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. (...)”

Período democrático que se manteve até a década de 60 quando um novo golpe militar no ano de 1964 infringiu a outorga de uma nova Constituição no ano de 1967, modificada pela Emenda Constitucional nº 01 de 17 de outubro de 1969, ocasião que a vigência do Código Penal esteve corroborada, por que não dizer ofuscada, pela Lei de Segurança Nacional.

Na redação original da Constituição de 1967 seu art. 150, parágrafo 11, determinava que: “Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa.” Disposição que foi modificada sensivelmente com a Emenda Constitucional nº 01, passando a figurar no art. 153, no parágrafo 11, com a seguinte redação: “Não haverá pena de morte, de prisão perpétua de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, nos termos que a lei determinar (...)”⁵⁹. Outro ponto de extrema importância para o estudo das relações penitenciárias foi estabelecido no art. 150 parágrafo 14: “Impõem-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário”. Que

59. Trata-se da famigerada Lei de Segurança Nacional, que vigorou, com diversas modificações, até a década de 80, como elemento de repressão política.

foi mantida integralmente pela Emenda Constitucional de 1969, porém renomeada como o art. 153, parágrafo 14.

7.7 Direito Penitenciário

Dentro do quadro prisional/penitenciário, ocorreram duas modificações legislativas relevantes relativas aos rumos desta política nos ordenamentos jurídicos. A primeira foi no ano de 1977 com a modificação do Código Penal de 1940 quanto ao sistema de regimes penitenciários, um verdadeiro marco a caminho da reinserção social. A segunda e talvez a mais objetivamente relacionada à criação de uma nova mentalidade relacionada aos direitos dos presos aconteceu em 1984 com a promulgação da primeira Lei de Execução Penal em nosso regimento pátrio.⁶⁰ Com a Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977, o Código Penal de 1940 passou a reger com maior objetividade a normatização penitenciária, criando os regimes penitenciários que deveriam ser aplicados de acordo com a individualização da pena, e tinham o fim principal de preparar o preso para um retorno menos abrupto à sociedade.⁶¹ Para o professor Damásio de Jesus “a

60. No ano de 1977 foram aprovadas as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, oriundas do Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, através das resoluções 663 C de 31 de julho de 1957 e 2076 de 13 de maio de 1977.

61. “Art. 29 -§ 2º As mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, à sua falta, em seção adequada de penitenciária ou prisão comum, sujeitas a trabalho interno, admitido o benefício do trabalho externo. Art. 30 O período inicial, do cumprimento de pena privativa da liberdade, consiste na observação do recluso, sujeito ou não a isolamento celular, por tempo não superior a três meses, com atividades que permitam completar o conhecimento de sua personalidade. § 1º O recluso passará, posteriormente, a trabalhar em comum dentro do estabelecimento em que cumpre a pena ou fora dele, na conformidade de suas aptidões ou ocupações anteriores, deste que haja compatibilidade com os objetivos da pena. § 2º O trabalho externo é compatível com os regimes fechado, semi-aberto e aberto, desde que tomadas as cautelas próprias, contra a fuga e em favor da disciplina; os condenados que cumprem pena em regime fechado somente se dedicarão a trabalho externo em serviços ou obras públicas, sob vigilância do essoal penitenciário. (...) § 5º O condenado não perigoso, cuja pena não ultrapasse oito anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime semi-aberto, desde o início, ou, se ultrapassar, após ter cumprido um terço dela em regime fechado. I - Se a pena não for superior a quatro anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime aberto, deste o início, ou, a) se for superior a quatro até oito, após ter cumprido um terço em outro regime; b) se for superior a oito, após ter cumprido dois quintos

Lei 6.416/77, tal como fizera o CP de 1940, não adotou o sistema progressivo, mas um sistema progressivo, visando a ressocialização do criminoso” (JESUS, 1978, fls. 61).

No ano de 1984 juntamente com a reforma da parte geral do Código Penal sancionou-se a primeira lei voltada especificamente para reger o processo de execução penal, Lei nº 7.210/84, tornando-se um marco jurídico no que tange às relações dos presos com o Estado. Sua estrutura está voltada não só para coordenar os procedimentos relacionados aos regimes prisionais (arts.7 a 9-A), mas também para assegurar os direitos individuais da massa carcerária (arts.10 a 37), sem descuidar dos deveres (art. 38); disciplina (arts.44 a 64); funções institucionais (arts.65 a 104); procedimento da execução (arts.105 a 197). Com maior relevância para nosso tema, trata nos arts. 39 a 43 dos direitos dos presos, com os seus principais tópicos: Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios: Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qual-

em outro regime. II - Observados os termos do caput deste artigo e os deste parágrafo, e guardada a separação dos presos provisórios, a pena poderá ser cumprida em prisão da comarca da condenação ou da residência do condenado. § 6º Deverão ser regulamentadas por lei local ou, à sua falta, por provimento do Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente, as seguintes concessões a serem outorgadas pelo juiz, a requerimento do interessado, seu cônjuge ou ascendente, ou na falta desses, de descendente, ou irmão, ou por iniciativa de órgão para isso competente, ou, ainda, quanto às três primeiras, também de ofício: I - cada um dos três regimes, bem como a transferência e o retorno de um para outro; II - prisão-albergue, espécie do regime aberto; III - cumprimento da pena em prisão na comarca da condenação ou da residência do condenado; IV - trabalho externo; V - frequência a curso profissionalizante, bem como de segundo grau ou superior, fora do estabelecimento; VI - licença para visitar a família, em datas ou ocasiões especiais; VII - licenças periódicas, combinadas ou não com as concessões dos incisos IV e V deste parágrafo, para visitar a família e ir à sua igreja, bem como licença para participar de atividades que concorram para a emenda e reintegração no convívio social, aos condenados que estão em regime aberto e, com menos amplitude, aos que estão em regime semi-aberto.

quer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003); Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Não se olvidando do direito à assistência jurídica gratuita, previsto na Seção IV, aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado, que nos artigos 15 e 16 ressalta a importância do fortalecimento da Defensoria Pública em todas as unidades da federação especialmente como elemento indispensável ao processo de ressocialização dos egressos: § 30 *Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares...*

Segundo Heleno FRAGOSO (1980), estas normas não possuem um objeto científico relacionado ao direito penitenciário como instituição formal, mas, objetivamente, é uma codificação das relações entre os detentos e o sistema prisional, contendo desta forma uma visão humanista da forma de tratamento que deve prevalecer mesmo quando em conflito diante dos seus deveres. Em nosso regime penitenciário os direitos dos presos confundem-se com os seus próprios deveres diante do cumprimento das penas. O direito ao trabalho, como pudemos vislumbrar, desde o descobrimento do Brasil, já caminhava juntamente com a evolução do direito penitenciário, e se hoje possui um fim principal de proporcionar a futura reinserção social, sendo facultativo o seu exercício, começou como uma obrigação inescusável.

Questão enfrentada desde os primórdios do sistema penitenciário é a alimentação e o sustento dos presos. Afrânio Peixoto (1953), criminalista brasileiro, no início do século XX, entendia que o tratamento a ser fornecido aos presos deveria ser o mínimo suficiente para a manutenção de sua integridade física, forma que julgava não afrontar aos honestos pais de família que aqui fora lutavam contra a extrema pobreza que

assolava o país. Quanto à visita do cônjuge, direito relacionado no inciso X, estamos diante de uma temática muito mais profunda, pois trata-se da denominada “questão sexual nas prisões”, Lemos de Brito (S/D), Diretor do sistema penitenciário do Estado da Guanabara (atual Estado do Rio de Janeiro) na década de 1940, entendia que não se deveria permitir as chamadas visitas íntimas nas prisões, pois aos presos causava o aumento da violência em face dos ciúmes por suas esposas, e quanto à mulheres, tal ato trazia uma pecha de vergonha face à sociedade. Atualmente no século XXI as discussões avançam para as permissões de visitas íntimas dos companheiros do mesmo sexo, ainda que não civilmente casados⁶², além do direito de visita íntima aos menores infratores.

Quanto ao Direito à assistência religiosa constata-se que era inicialmente um dever, uma verdadeira imposição do ordenamento português, que evoluiu sua natureza para ser inserido no ordenamento como direito subjetivo (OLIVEIRA, 1978). Nesta longa evolução histórica ressaltam-se como pontos relevantes, nos moldes do Código Penal de 1940, a criação da primeira penitenciária feminina brasileira no Estado do Rio de Janeiro (na época Estado da Guanabara), onde a direção foi confiada em 1942, segundo Julita Lengruber (1999), à ordem religiosa das Irmãs do Bom Pastor, que em sequência também assumiram as penitenciárias femininas de São Paulo, Porto Alegre e Recife⁶³.

O ponto mais relevante na trajetória da assistência religiosa juntos aos detentos ocorreu no final do século XX, na década de 70, com a criação no interior de São Paulo do sistema denominado: Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC). Passando por diversas fases desde sua fundação e tendo assumido a direção de várias instituições penitenciárias. Um dos principais críticos da forma inicial de implantação foi o teólogo Frei Betto⁶⁴, que condenava a divisão do sistema penitenciário em instituições do Estado com visão laica e acessível a todas as religiões, onde permanecia o caos organizacional e, também, em instituições da APAC, onde havia estrutura organizacional e condições mais salubres para o cumprimento da pena, porém somente acessível aos

62. O casamento entre pessoas do mesmo gênero (sexo biológico) foi introduzido no ordenamento Brasileiro no ano de 2013 pela Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça.

63. Indicamos sobre o tema a Leitura de: Rosângela Hayden dos Santos; *Mulher: corpo e alma atrás das grades.*: América Jurídica, 1999/ Espinoza, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*: São Paulo: IBCCRIM, 2004/ Assis, Simone Gonçalves de. *Filhas do mundo: infração juvenil feminina no Rio de Janeiro*: Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2001.

64. Frei Betto foi prisioneiro político durante o período de exceção democrática do período de 1964 a 1985 e escreveu vários livros com as memórias de sua prisão.

quem aceitassem a religião católica. Posicionando-se firmemente da seguinte forma: “Como Cristão, sugiro impedir que a mensagem de Jesus seja manipulada como ideologia disciplinadora e fator de coação subjetiva, (...)” (CAMARGO, 1984, fls. 13).

7.8. Constituição de 1988

Posteriormente, fruto de uma transformação social profunda, o Brasil retornou ao regime democrático no ano de 1985, para, então no ano de 1988, alcançar a promulgação de nossa atual Constituição Federal. Onde no artigo 5º, foram constitucionalizados como fundamentais os seguintes direitos relacionados à política prisional/penitenciária: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

Sem olvidar que expressamente a Constituição Federal amplia estes direitos aos presos do sistema penitenciário brasileiro, nos moldes previstos nos parágrafos 2º e 3º do mesmo Art. 5º: *§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.* (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) . Muito embora somente agora haja uma positivação expressa pelo reconhecimento de normas estrangeiras em nosso ordenamento, é preciso constatar-se que desde 1903 a Comissão Internacional Penal e Penitenciária já havia apresentado uma normatização das Regras Mínimas para o

Tratamento dos Presos, as quais viriam a ser adotadas pela Liga das Nações em 1933 e após novas revisões aceitas oficialmente pela Organização das Nações Unidas no ano de 1955 (resolução nº 663-C de agosto de 1955) e difundidas internacionalmente entre seus países membros.⁶⁵

Sob o estado de nosso direito comparado, encontramos na literatura argentina uma investigação jurisprudencial de Ricardo M. Pinto (FELLINI, 2006, 151), do ano de 2006, sobre as “*garantías constitucionales de los detenidos em la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica em perspectiva comparada*”, onde o autor abordou, quanto aos direitos dos presos, temática tais como: *derecho a libre expresión y a asociar-se; derecho a recibir y enviar correspondencia; derecho a la libertad religiosa; derecho a tener acceso a la justicia; derecho a no sufrir registros y secuestros arbitrarios (derecho a la privacidad); derecho a condiciones dignas de detención, atención médica. Concluindo, após a devida incursão sobre as decisões estadunidenses, que : “El control de las garantías constitucionales de las personas privadas de su libertad constituye una de las funciones más importantes del Poder Judicial. Em esta inteligencia, controlar que los detenidos reciban un trato digno y humano tendiente a lograr su reinserción social es fundamental para que la pena privativa de libertad cumpla com sus fines”* (FELLINI, 2006, 174).

7.9 A ressocialização

Desta forma chegamos ao momento jurídico onde o instituto da ressocialização assume um papel de maior amplitude diante da normatividade do direito penitenciário do que o clássico e limitado conceito de fim da pena. Agora estamos caminhando para o reconhecimento da autonomia jurídica do princípio inerente da igualdade social. Ressocialização é o ato ou efeito de socializar-se de novo ou de novamente reunir-se em sociedade, também denominado de reinserção ou reingresso social. Trata-se de um conceito etimológico moderno (FERREIRA, 1999) cuja origem ultrapassa a simples fronteira gráfica, e conforme exposto no primeiro capítulo insere-se em questões etnológicas, pois entre os povos ágrafos já havia os incipientes elementos da ressocialização como função da pena. Devemos nos atentar para uma possível confusão entre

65. O 12º Congresso das Nações Unidas sobre prevenção ao Crime e Justiça Criminal realizado entre 12 e 19 de abril de 2010 em Brasília, BR apresentou diversas modificações a serem implementadas na convenção, tendo sido os anais do congresso publicados pelo Supremo Tribunal Federal em 2011.

a ressocialização e a reabilitação. A segunda é definida por Romeu Falconi (1995): “Se habilitar é tornar hábil, apto capaz, credenciado, reabilitar é devolver todas essas qualidades e prerrogativas àquele que um dia delas se viu privado – destituído – máxime se por força de decisão judicial de caráter punitivo penal.”

Dentro do ordenamento geral brasileiro a reabilitação, a partir da Lei nº 7.209/84 – Lei da Execução Penal por seu Art. 202⁶⁶, passou a ocorrer automaticamente após o lapso temporal de dois anos com a extinção ou o término do cumprimento da pena, no entanto ainda é determinação do ordenamento da Justiça Militar que o condenado deve postular por meio de ação judicial requerendo sua reabilitação após o interregno de cinco anos da extinção da mesma (Art. 134 do CPM⁶⁷). A finalidade da reabilitação consiste na obtenção de uma certidão negativa de antecedentes criminais.

Na esfera da Justiça Militar, o condenado antes da reabilitação, além de não obter a certidão negativa criminal, fica, teoricamente, impedido de ser promovido ou progredir em sua carreira militar. Fato que repercute no mercado de trabalho objetivamente, pois ainda que o Superior Tribunal de Justiça possua precedente de que as repercussões criminais anteriores, respeitada a razoabilidade inerente ao crime cometido⁶⁸, não

66. Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

67. § 1º A reabilitação poderá ser requerida decorridos cinco anos do dia em que fôr extinta, de qualquer modo, a pena principal ou terminar a execução desta ou da medida de segurança aplicada em substituição (art. 113), ou do dia em que terminar o prazo da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, desde que o condenado:

68. CURSO DE RECICLAGEM DE VIGILANTE. ART. 32, § 8º, “E”, DO DECRETO 89.056/83. REGISTRO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ARTIGO 16, VI, DA LEI N.º 7.102/1983. NÃO VIOLAÇÃO. 1. A questão jurídica trazida ao especial refere-se à possibilidade de o vigilante ter deferido registro em Curso de Reciclagem de Vigilante, conquanto possua antecedente criminal - condenação pela prática de crime de extração mineral sem autorização (artigo 55, caput, da Lei 9.605/1998). 2. Atento às especificidades do caso concreto, decidiu o Tribunal a quo por abrandar as disposições contidas no artigo 16, VI, da Lei n.º 7.102/1983, uma vez que a análise da restrição exige uma análise caso a caso, observado o princípio da razoabilidade. “O crime de extração mineral sem autorização (artigo 55, caput, da Lei 9.605/1998) não pode constituir óbice intransponível ao exercício da profissão de vigilante, pois a sua incidência não implica no uso de violência por parte do praticante e afasta a incidência da legislação restritiva para a hipótese.” 3. A idoneidade do vigilante é requisito essencial ao

possuem caráter de inidoneidade previsto no art. 16, VI da Lei nº 7210 de 1983 para impedir habilitação ao exercício de algumas funções que necessitam a utilização de armas ou proteção de patrimônio, as autoridades policiais em entendimento contrário vedam aos ex-militares, condenados por crimes próprios militares, que não postularam o processo de reabilitação judicial o exercício da função de vigilante patrimonial⁶⁹.

Para “Luizão” WOLFMAN (2000), por sua experiência adquirida como servidor público do sistema penitenciário que culminou na direção de várias penitenciárias no Estado de São Paulo: “O egresso para procurar emprego precisa estar munido de documentos e, para tirá-los, é necessário dinheiro; para conseguir dinheiro precisa estar trabalhando; para trabalhar...bem, a situação é realmente desconfortável” (WOLFMAN, 2000, fls. 323). Finalizando seu raciocínio prático com uma sugestão simples, mas que o Estado por suas razões particulares não consegue implementar, visando preparar o egresso para a inserção definitiva na sociedade. O Estado criaria uma “casa” para o egresso onde ele aguardaria a expedição de todos os seus documentos enquanto aprenderia uma profissão com possibilidade de aproveitamento profissional efetivo, através de cursos de especialização.

Esta ressocialização proposta por Wolfman, também é o desiderato dos condenados, e para representá-los citamos Mariel Maryscott, policial carioca na década de 70 que esteve no sistema penitenciário: “E para encerrar minha colaboração, buscando em recortes antigos e muito preciosos, deparei com uma publicação que “calça” como uma luva para o caso. O Jornal do Funcionário do dia 31 de março do ano de 1972, em sua 10ª página, O Dr. Francisco Horta, juiz da vara de Execuções criminais diz que: “Não vê a pena como castigo”. Diz também que “a sociedade tem a obrigação de reintegrar os presidiários” (MARYSCOTT, 1979, fls. 59).

Para Bruno de Moraes Ribeiro o verdadeiro sentido inicial da função da pena era somente de emenda. Posicionamento que teria perdurado até o século XVIII com o apa-

exercício de sua profissão, não sendo ela elidida na hipótese de condenação em delito episódico, que não traga consigo uma valoração negativa sobre a conduta exigida ao profissional, como no caso de condenação pela prática de crime de extração mineral sem autorização. (RESP - RECURSO ESPECIAL – 1241482, SEGUNDA TURMA, STJ, Data da publicação 26/04/2011)

69. Temática que foi divulgada através de uma campanha da Defensoria Pública da União realizada a partir do ano de 2007, sob nossa orientação, em âmbito nacional, com o intuito de evitar a não renovação da autorização para o exercício da profissão de vigilante patrimonial pelo setor competente da Polícia Federal.

recimento do iluminismo jurídico. Para o autor no direito brasileiro a temática começa a ser discutida a partir do Código Penal de 1890, onde o art. 50 utiliza expressamente a função de *emenda*, para o fim da pena, no entanto, somente com a Lei nº 3.274 de 02.10.1957 é que se pode afirmar que a pena privativa de liberdade tenha incorporado, de uma forma bem estruturada, a função de ressocialização dos delinquentes.

Posição da qual ousamos discordar, baseando-se em Paulo Domingues Vianna onde se constata que “ (...) o Congresso Jurídico Brasileiro, reunido n^o esta Capital, em 1908, aprovou a conclusão formulada por Lima Drummond nestes termos: - “É urgente organizar-se no Brazil a assistência aos indivíduos que regressam à vida social, concluindo o tempo de repressão.(...)”, fato complementado com a seguinte informação; “O governo prevalecendo-se da autorização conferida pelo nº III do art. 3^o da lei nº 2.221 de 30 de dezembro de 1910, aprovou, pelo decreto nº 8.223, de 22 de setembro de 1910, o regulamento do Patronato oficial dos liberados ou egressos definitivos da prisão no Districto Federal” (VIANNA, 1914, fls. 43) Ordenamento cujo posicionamento doutrinário histórico de Américo Ribeiro de Araújo, em 1918, torna-se eficazmente esclarecedor: “o fim immediato do patronato é a reintegração do condemnado à sociedade, é reabilita-lo. Essa media é de um efeito salutar, porque, apesar de ser um cânone do Direito Criminal que nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente, este deixa a família soffrendo as conseqüências do seu acto e depois de liberado, tem de vencer uma enorme reacção” (ARAÚJO, 1918, fls. 275).

Ainda, conforme ARAÚJO a origem dos patronatos é tão remota que “segundo alguns auctores, elle já existia no tempo de Platão. Este filosofo aconselhava aos magistrados que visitassem os detidos, diariamente, para os tornar melhores ensinado-lhes a aceitar o castigo como uma expiação necessária. Essa visita obedecia também aos intuitos da caridade, razão pela qual é considerada um patronato, embora rudimentar, mas que deu origem as actuaes sociedades de patrocínio” (ARAÚJO, 1918, fls. 275).

Outrossim, Augusto Thompson, nos alerta para o que chamou de “tragédia da regeneração”, analisando o efeito nefasto que o Estado pode inferir ao preso na tentativa de moldá-lo ao que erroneamente entende como a preparação para a vida em sociedade: “Dostoiévski, através da dolorosa experiência como prisioneiro, extraiu a conclusão de que o convicto regenerado é apenas uma múmia ressequida e meia louca, e Papillon atribuiu seu sucesso de adaptação à vida livre exatamente à circunstância de ter sido sempre o inverso de um bom preso: o caminho da podridão não

deixou marcas degradantes em mim. Sobretudo porque na realidade, creio, nunca me adaptei a ele” (THOMPSON, 2000, fls. 13).

Thompson notícia um fato ocorrido em uma penitenciária do Rio de Janeiro durante reunião festiva: “Servia como garçom um interno que era exibido como o exemplo mais convincente da capacidade regeneradora da prisão. Condenado a mais de cem anos, pela soma das penas recebidas em inúmeros delitos violentos, ostentava a estrela amarela, símbolo do excelente comportamento carcerário. Respeitando rigorosamente as normas disciplinares, colaborava eficientemente com a administração, na tarefa de manter em paz a rotina da casa.” Após servir um promotor de justiça que ouvira o comentário de que o moço se encontrava recuperado, o promotor disse: “É, está muito diferente do menino que conheci, logo que caiu nas mãos da justiça. Engordou, exibe formas algo arredondadas; os olhos estão meio baços e em geral, fitam o chão; curva-se com bastante servilidade, diante das pessoas; a voz mostra um certo acento feminino; move-se com lentidão, cuidadosamente, quase diria com receio; formalmente respeitoso, parece preocupado em, por qualquer distração, deixar de cumprir algum comando regulamentar; na pequena conversa que teve com você sugeriu uma intriga envolvendo um guarda e um companheiro. É ... daquele jovem atrevido, enérgico, topetudo, independente, altivo, não restou nada”. Concluindo disse ironicamente :Foi uma bela regeneração” (THOMPSON, 2000, fls. 14).

A ressocialização não pode ser simplesmente um instrumento de controle do sistema penitenciário a ser imposto desmesuradamente aos seus custodiados, mas deve tornar-se autêntico produto elaborado e controlado pela sociedade civil, com fins de alcançar os resultados esperados. Desta forma podemos definir a ressocialização no Brasil como um processo evolutivo implícito ao desenvolvimento do sistema prisional/penitenciário que transcende sua existência a um mero ordenamento positivado que justifique sua existência.

7.9.1 Ressocialização de estrangeiros

No sistema legal brasileiro prisional/penitenciário entre os detentos encontram-se inúmeros estrangeiros que em passagem por nosso território cometeram crimes e foram punidos pela lei brasileira. Muitos retornarão a seus países de origem por força de tratados internacionais de transferência de pessoas condenadas ou sujeitas a regimes especiais. No entanto muitos países não estão abrangidos por estes tratados e aos presos estrangeiros criam-se dificuldades de obtenção dos direitos processuais

da execução como referentes à progressão de regime, saídas provisórias e liberdade condicional, pois todos foram inseridos na legislação justamente com fins de preparar o detento para a reinserção social (SOUZA, 2007, fls. 244).

Ainda que a jurisprudência venha avançando no sentido de entender que tais direitos podem ser deferidos aos presos estrangeiros⁷⁰, entendemos que se faz necessário enquadrar esta situação de forma geral, como análise de um direito subjetivo visto sob o princípio da igualdade, pois já não podemos contar somente com a velha estrutura social que via na convivência com a família a única porta de reinserção social. Nestes tempos céleres em transformações sociais, que as ligações dos presos estrangeiros com entidades de acolhimento provisório, podem substituir com eficiência os laços esperados das famílias dos presos brasileiros, e desta forma retomarmos a ressocialização destes presos, ainda que excluídas as condições principais esperadas na conduta do procedimento.

De forma mais ampla, para SOUZA (2007, fls. 244) “(...) o conjunto de decisões em favor do detento estrangeiro se assenta em dois em dois pilares: o primeiro consistiria na constatação de que a legislação infraconstitucional – em especial o Código Penal e a Lei de Execução Penal – ao regularem o deferimento de determinados direitos, dentre eles o livramento condicional e progressão de regime, não estabelecem qualquer restrição ao preso estrangeiro. O segundo argumento, imbricado com o primeiro, repousa na previsão constitucional de tratamento isonômico entre nacional e não-nacional. Subjacente a ambos encontra-se o princípio da ressocialização do condenado (...)”.

Posição que antagonicamente não parece ter sido aplicada no sistema prisional/penitenciário argentino, ainda no ano de 2003, pois segundo José Daneil Cesano (2003, fls. 177) *“Las posibilidades de readaptación de um condenado extranjero que debe cumplir una pena impuesta por tribunales argentinos, se vem seriamente disminuidas al quedar obstaculizadas – sino- directamente, cercenadas – los contactos Del interno com su núcleo familiar”*. Esclarecendo por fim, ainda que já tenha evoluído o pensamento dos tribunais dez anos depois, o posicionamento contrário do autor ao

70. 2. Na hipótese, existe manifesta ilegalidade pois tanto a execução penal do nacional quanto a do estrangeiro submetem-se aos cânones constitucionais da isonomia e da individualização da pena. 3. A disciplina do trabalho no Estatuto do Estrangeiro não se presta a afastar o correspectivo direito-dever do condenado no seio da execução penal. Precedentes. 4. O fato de o paciente ser estrangeiro e não ter domicílio no país, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena. (HC - HABEAS CORPUS – 206835, SEXTA TURMA, STJ, Data da publicação 04/08/2014)

critério aplicado pelo poder judiciário argentino, já acompanhava as motivações de nosso pensamento doutrinário em 2007, e que continua em evolução até os dias de hoje, da seguinte forma: *“El criterio jurisprudencial sostenido por ciertos tribunales argentinos, en virtud del cual se deniega La libertad condicional a los extranjeros, respecto de quienes se há dispuesto la expulsión del territorio nacional (luego del cumplimiento dela pena), es incorreto. Ello así, básicamente, por dos argumentos: A) por una parte, em atención a que al proceder de esa manera, se vulneraría el derecho, garantizado por el art. 8 de La ley 24.660, a un tratamiento penitenciário desarrollado sobre bases igualitárias (al cercenar, respecto de esta categoria de internos, uma de las etapas que integran el régimen de progresividad) y b) em segundo término, porque tal doctrina contraría, de manera expresa, la posibilidad que se deriva de los art. 107 y 108 de La ley 24.767”* (CESANO, 2003, fls. 178).

7.9.2 Ressocialização no direito militar

Outro ponto relacionado ao questionamento da importância da ressocialização como fim da pena e não, tão, somente como uma simples consequência temporal, é o estudo da punição no Direito Penal Militar brasileiro. Um sistema penal autônomo, possuidor de codificação própria e instituições judiciárias e prisionais independentes. Cuja origem ocidental do Direito Militar remontam à antiguidade, tendo sido o modelo romano o adotado por nossa legislação pátria por influência do direito português para cá trasladado com a colonização. Nesta seara, sempre mantendo os conceitos do direito romano, o sistema jurídico penal militar já vigia através de leis esparsas muito antes da primeira codificação no período republicano em 1890, o qual foi posteriormente substituído por um novo código em 1940 e finalmente pelo Código Penal Militar atual outorgado pelo Decreto-Lei nº 1001 de 21.10.1969. Cabendo ressaltar que o mesmo código prevalece em face das forças armadas federais (marinha, exército e aeronáutica) e estaduais (polícias militares)

Remontando aos conceitos do direito romano, a doutrina vem sistematicamente aceitando a existência de dois tipos de crimes no ordenamento penal militar: Os crimes próprios e os impróprios militares. Segundo a doutrina clássica no renomado entendimento de Esmeraldino Bandeira os propriamente militares “supõem, a um tempo, qualidade de militar no acto e caracter militar no agente. São os crimes que, conforme o ensinamento de certa doutrina, constituem um resíduo de infracções irreductíveis ao direito commum” (BANDEIRA, 1913, fls. 12). Hodiernamente através da doutrina de

Jorge Alberto Romeiro, ainda que sempre preservando as referências do direito romano, a definição foi sintetizada na seguinte forma: “aquele que só por militar poderia ser praticado, pois consiste na violação de deveres restritos, que lhe são próprios. Seria o crime funcional da profissão militar” (ROMEIRO, 1994, fls.68). Como exemplos citamos as seguintes condutas: deserção; dormir em serviço, covardia etc.

De acordo com as condutas acima descritas sobre a possibilidade da ressocialização dos agentes condenados, a princípio precisamos adaptar nossa perspectiva geral para interpretarmos a busca da reinserção do apenado na sociedade como sendo, nestes casos, a reinserção do militar em sua unidade com a retomada de suas funções militares. Considerando que o exercício do múnus militar pelo cidadão é uma das mais importantes funções exercidas em sociedade, acreditamos, inicialmente, que a ressocialização além de influenciar as relações do cidadão como elemento celular e sobretudo formador da sociedade como um todo face à garantia política do Estado, também seria uma forma de proteção da integridade física do Estado, pois sendo um elemento treinado e preparado para as artes bélicas, obviamente sua não reinserção às forças armadas lhe deixaria vulnerável para ser cooptado pelas hordas organizadas da marginalidade. Isto posto até mesmo nos crimes propriamente militares, a pena possui a finalidade ressocializadora como elemento indispensável⁷¹.

7.9.3 Ressocialização no direito eleitoral

Outra especialidade do direito que carece de uma reflexão quanto à necessidade da ressocialização como fim da pena é o crime eleitoral, modalidade julgada por uma justiça federal especializada e cuja execução penitenciária dos condenados é delegada à Justiça estadual. Crimes eleitorais, sob o aspecto formal, são aquelas condutas consideradas típicas pela legislação eleitoral, ou seja, aquelas descritas no Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65) e em leis eleitorais extravagantes e sancionadas com aplicação de penas. Sob o aspecto material, são todas as ações e omissões que a princípio tem repercussão

71. Em nossa atuação junto ao único presídio militar federal do Brasil nos anos de 2004 a 2006, localizado na Ilha das Cobras no Arsenal da Marinha Brasileira encontramos uma estrutura *sui generis*, onde os militares processados pela justiça comum são mantidos custodiados enquanto mantém sua qualidade de militar, desta forma misturam-se aos internos que cometeram crimes militares. Isto posto, entendemos que muito além da necessidade de manter a ordem da instituição militar faz-se necessário que haja iniciativas voltadas para a ressocialização de todos os militares ali detidos, seja nas lides militares seja na preparação para o retorno à vida civil.

geral na mesma amplitude que o crime comum, no entanto o bem jurídico afetado é a infração de uma norma procedimental relacionada à garantia do dever/direito eleitoral de todos os cidadãos: “exercício dos direitos políticos e na legitimidade e regularidade dos pleitos eleitorais” (GOMES, 2010, fls. 36).

Mesmo que não aparente uma nocividade objetiva o criminoso eleitoral se posiciona em busca de um resultado não permitido por lei agindo em detrimento de seus pares no exercício eleitoral com evidente prejuízo à sociedade como um todo, por outro lado subjetivamente afeta os direitos fundamentais de igualdade, pois que sua conduta visa auferir vantagem em detrimento de outrem. Ainda que as penas eleitorais não alcancem penas de reclusão em regime fechado, entendemos que os condenados pela justiça eleitoral também devem usufruir do direito da ressocialização, pois este é um direito subjetivo baseado no princípio constitucional da igualdade e, portanto, deve ser estendido a todos os presos do sistema.

7.9.4 Ressocialização de presos políticos

A última modalidade, e talvez a mais sensível, discutida doutrinariamente, é a ressocialização de presos políticos, aqueles cidadãos divergentes do sistema político governante que de alguma forma se contrapuseram ao mesmo, portanto etiquetados como inimigos públicos. Ainda que a resistência civil seja um dos direitos naturais da própria igualdade pela liberdade, precisamos entender que é quase impossível um sistema jurídico propor a existência de um mecanismo de exculpação que seja a verdadeira negação da validade do próprio regime. Não havendo disposição positivada que ampare a insurgência política contrária ao Estado, e sendo a força o único argumento que poderia desconstituir o ordenamento do Estado que infere o status de preso político ao detido, trabalharemos o tema em um contexto meramente filosófico, uma digressão sobre os direitos da desobediência civil de Thoreau (1968).

Objetivamente não devemos transcender a uma discussão sobre a ética dos posicionamentos políticos, pois estaríamos na verdade julgando sistemas jurídicos constituídos em detrimento de nosso fim que é, especificamente, demonstrar a ressocialização como direito subjetivo. Sendo previsível, que algum dos presos políticos possam, em um determinado momento, por suas razões subjetivas, resolver retomar suas atividades privadas inseridos naquele regime político ao qual anteriormente foi um opositor, entendemos, destarte, que não pode haver uma discriminação ao seu status de preso político para que, dentro das normas previstas no processo de ressocialização, exerça

seu direito de reinserção social.

7.9.5 Ressocialização diante da privatização prisional

Por fim, como última exceção a ser analisada, passaremos a tratar dos presos do sistema penitenciário privado, aqueles presos do Estado que pelos mais variados motivos, porém sempre de fundo econômico, foram confiados para o cumprimento de suas penas a empreendedores particulares, que nas mais variadas formas de atuação participam da privatização do sistema penitenciário. O Brasil já encampou várias formas de privatização da função de custódia prisional, podemos iniciar este tema falando das instituições geridas pelas associações de apoio aos condenados (APAC), onde a tônica é que a força policial do Estado permaneça somente posicionada nos limites externos da instituição, não cabendo nem ao menos ao Estado a gerência interna da instituição (ou seria uma mera forma de terceirização?)

Passamos também em alguns estados pela experiência da privatização das instituições penitenciárias já existentes a empresas privadas, onde novamente também a força policial do Estado permanecia em função de policiamento externo, mas nesta modalidade com uma maior ingerência nos assuntos internos da instituição. Experiências que foram implantadas em alguns estados mas que gradativamente foram desativadas pelos mais diversos motivos. Por fim, neste início do século XXI o Estado de Minas Gerais implantou uma parceria pública-privada (PPP) para construção de um conjunto de cinco penitenciárias, com capacidade total de 3.040 vagas, cabendo ao Estado, de modo objetivo, somente o pagamento da manutenção mensal dos detentos, além da segurança externa⁷². Esta política de privatização já vem sendo aplicada na Inglaterra desde 1986 de forma restrita, porém aplicada sistematicamente nos Estados Unidos da América (MINHOTO,2000), desde 1983 através da *Corrections Corporation of America* (CCA), cujo mote é tornar a função estatal em investimento aberto.

Estamos falando de uma realidade prisional na qual segundo Loic Wacquant (2001) reunindo-se todas as instituições prisionais dos Estados Unidos somavam-se, em 1975, um número de detentos próximo de trezentos e oitenta mil pessoas, dez anos depois a cifra alcançava setecentos e quarenta mil presos e finalmente em 1998 já estava próxima de dois milhões de presos. Este aumento extraordinário de detentos no sistema prisional estadunidense é alvo de críticas morais, feitas sob o aspecto criminológico, por Loic Wacquant (2007), quanto ao público selecionado para compor a triste estatís-

72. A Lei Federal n.º 11.079/2004 regula as parcerias público-privadas.

tica prisional. No entendimento do autor o sistema penal, pelas ingerências do poder econômico passa a tender em criminalizar os pobres, com fins espúrios de alimentar esta indústria carcerária.

Sob uma crítica histórica, constatamos que o sistema prisional sempre tendeu aos interesses predominantes em seus momentos históricos. Vimos o uso dos degredados de forma discriminada no início da colônia, assim como posteriormente a utilização da mão de obra dos presos na construção física de nosso Estado, havendo notícias históricas que remontam até o início do século XX com o envio de presos para os serviços da Linha Rondon e outros interesses do Estado nas regiões afastadas do Brasil.

A grande crítica, que nos parece deve ser avaliada, a *contrario sensu* ao posicionamento do STF⁷³, é relacionada à eficácia moral do desempenho privado de uma função própria do Estado. Como pode um negócio estritamente voltado para o lucro estar preocupado em implementar os fins da pena e mais especificamente sua finalidade principal de promoção da ressocialização, em detrimento dos elementos que geram o seu fluxo de caixa, pois agindo com a busca deste fim estaria teoricamente gerindo o próprio fim de seu rendoso negócio. Entendemos que estas iniciativas, ainda que amparadas pelo espírito que sempre geriu nosso sistema prisional/penitenciário encontram impedimento diante do princípio administrativo da moralidade da administração, assim como, também impedido, pelo, nosso almejado, reconhecimento jurídico da ressocialização como direito subjetivo constitucional amparado pelo princípio da igualdade⁷⁴.

73. “(...) o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADPF 347, declarou a existência de estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário nacional, ante a superlotação carcerária e a violação a direitos fundamentais de custodiados que dela decorre. Neste cenário, cumpre aos Estados a busca de meios destinados à criação de vagas em presídios e a celebração de parcerias público-privadas neste setor, tal como intentada pelo Estado do Rio Grande do Sul no caso em análise, tem sido vista como alternativa pelos administradores públicos”. SL 1537. Relator(a): Min. PRESIDENTE Decisão proferida pelo(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 29/06/2022. Publicação: 30/06/2022

74. Deixamos de abarcar propositalmente neste capítulo os chamados presos de alta periculosidade, custodiados em penitenciárias federais desde o ano de 2006, ocasião em que atuamos como o primeiro Defensor Público Federal junto à primeira Penitenciária Federal na cidade de Catanduvas no Estado do Paraná, pois estes presos devem receber o mesmo tratamento dos outros presos do sistema, pois após o cumprimento de suas condenações retornarão ao convívio social, devendo receber condições de serem reintegrados a sociedade para o exercício de profissões dignas e honestas.

8 A Ressocialização: de direito ordinário a direito subjetivo fundamental

8.1 Crítica ao método de análise

O Direito pressupõe a existência de uma atividade do ser humano exteriorizada através das suas relações com os seus semelhantes ou exercida sobre bens materiais ou imateriais. Pressupondo-se na concepção de Vicente Ráo da “coexistência social, que é o estado próprio do homem” (RÁO, 1991, fls.27). Esta relação de coexistência social pode ser apresentada através da narrativa histórica ou da análise do pensamento filosófico da época, sendo que em ambas se apresentam os elementos necessários para a formação de uma análise sobre a origem e evolução do instituto normativo de suas épocas.

A narrativa histórica deve ser vista como uma expressão pontual e subjetiva do próprio narrador, pois conforme Vilfredo Pareto a história é um cemitério de aristocratas. Quanto à análise do pensamento filosófico, muito mais subjetiva sob a perspectiva de sua fonte, representa essencialmente uma crítica social aos costumes históricos de seu tempo. Isto posto, conjugaremos ambas as perspectivas para elaborar uma análise da evolução do instituto da ressocialização dos condenados pelo poder temporal desde os primórdios até o momento atual de nossa organização social.

8.2 As finalidades da pena

Fausto Costa (1953), jurista argentino, sintetizou de forma interessante o conceito de pena e seus fins: *“la pena es represión em cuanto a su naturaleza objetiva, sufrimiento em cuanto a su naturaleza subjetiva, prevención em cuanto a su fin principal. La modalidad, los caracteres y los fines secundários – retribución, expeación, intimidación, enmienda pueden deducir-se fácilmente de la naturaleza y del fin principal”* (COSTA, 1953, fls. 286).

Os estudos sobre a pena evidenciam questões quanto à passagem de uma concepção retributiva para uma formulação preventiva como sua finalidade. Na modalidade retributiva destacaram-se as teorias absolutas, defendidas por Kant e Hegel, porém sob aspectos divergentes, para o primeiro pela ordem ética e pelo segundo sob a ordem jurídica.

Sob a modalidade preventiva, segundo a doutrina clássica há duas percepções bem definidas, a primeira denominada preventiva geral, cujos expoentes são Bentham,

Beccaria, Fliangeri, Schopenhauer e Feurbach, os quais entendem que a pena é essencialmente a garantia da ordem estatal e deve infringir temor aos delinquentes. Quanto à preventiva especial, segundo Cezar Roberto Bittencourt, é a que “procura evitar a prática do delito, mas ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que não volte a delinquir” (BITTENCOURT, 2011, fls. 138). Várias são as suas correntes, podendo-se citar a “Nova defesa social” de Marc Ancel oriunda da França, a “Escola Correcionalista” na Espanha, e na Alemanha a sob o pensamento de Von Litz, aceitando-se o marco do entendimento da necessidade imperativa da ressocialização dos egressos como garantia social e principalmente por ser o fim da pena. Teorias estas que passaram a influenciar o direito penal/penitenciário através de um intercâmbio entre seus conceitos denominados de teorias mistas.

8.3 A evolução do conceito de ressocialização

Apresentada a síntese da evolução jurídica do fim da pena, passamos a discorrer sobre o seu desenvolvimento histórico-filosófico, utilizando-se desta narrativa para desenvolver-se o direito à ressocialização dos egressos em nosso ordenamento legal. Quanto à importância da compreensão da função do instituto da pena diante dos grupos sociais abrangidos por sua força impositiva, acreditamos que em uma fase embrionária das relações sociais onde o grupo social estabelecia-se em clãs, predominava a vingança pessoal. Ocasão em que a resposta subjetiva do suposto agredido era caracterizada pela instantânea finalidade retributiva, servindo de maneira inconsciente a uma função preventiva individual.

Com o desenvolvimento sociopolítico e consecutivamente a formação de grupos societários embrionários, neste ponto histórico representados pelas tribos como exemplo de organização social, podemos, sob uma perspectiva do mito com a predominância do “totem e do tabu”, argumentar que a justificação da pena passou a exercer a busca de um efeito com abrangência coletiva, podendo-se inferir que sua finalidade, neste momento voltava-se para a realização de uma prevenção geral. Com a evolução das organizações sociais já não era plausível aceitar que a explicação da razão dos institutos encontrasse sua legitimação através da representação dos mitos, desta forma, em uma nova fase, ocorreu sua gradativa substituição pela revelação teológica, ainda que em ambos os casos sempre devidamente amparados e legitimados pelo poder da espada.

Pensamento teológico, que em primeira fase, abrangia sua razão no chamado Direito

Natural, o qual “procurava aproximar o direito próprio, positivo, de cada povo, em torno dos postulados básicos intransponíveis, do respeito aos direitos fundamentais do homem, àqueles direitos, isto é, cujo desconhecimento afetaria a própria natureza humana; e procura, ademais, inspirar e conduzir todos os sistemas positivos de direito em direção a um ideal supremo de justiça” (RAÓ, 1991, fls. 55/6). Para Norberto Bobbio pode-se definir “o limite entre o direito natural e direito positivo dizendo: a esfera do direito natural limita-se àquilo que se demonstra *a priori*; aquela do direito positivo começa, ao contrário, onde a decisão sobre se uma constitui, ou não, direito depende da vontade de um legislador” (BOBBIO, 1995, fls. 22).

Embora no período clássico já se discutisse quanto ao conflito das normas do direito temporal, cuja fonte de produção era o governante através de sua autoridade legitimada diretamente pelo poder espiritual, face aos direitos naturais (como direitos fundamentais do homem), como já expusemos na relação da tragédia grega Antígona, somente com a evolução do pensamento religioso e, principalmente com o fim da hegemonia Católica sobre os povos da Europa, esta discussão realmente passou a influir no ordenamento relativo à pena e, principalmente, quanto à sua justificação.

No que tange à relação do direito temporal com o direito natural no período de hegemonia católica, vivia-se desde o século XI, a partir da fundação da Universidade de Bolonha, sob o conceito da *razão como base do Direito* e é neste ambiente que se vê ressurgir no século XIII a corrente de pensamento denominada “renascimento aristotélico”, visando esclarecer esta relação podemos citar a interpretação de Paolo Prodi, bastante elucidativa, de que todo o espírito do direito nesta época pode ser sintetizado na *Summa Coloniensis* (1169): “*El derecho es o natural o moral; cada uno de esos derechos, luego, puede ser divino, o humano*” e, então, esclarece “*El derecho divino, pues, se divide em ley natural, ley de La escritura, ley de La gracia y cânones de La Iglesia; a su vez, El derecho humano se expresa em lãs costumbres y em lãs constituciones, em lãs leyes ora políticas ora eclesiásticas, y su característica ES poder modificarse em El tiempo y derivar su legitimidad a partir de La autoridad*” (PRODI, 2008, fls. 105).

Este período hegemônico do poder teológico por sua ingerência sobre o mecanismo de controle social não permitia um processo de discussão sobre os elementos relativos às fontes múltiplas dos direitos naturais, mantendo-se uma visão privatista da verdade jurídica por estar sempre tutelada pelos saberes da Igreja. Com a chegada da diversidade dos saberes religiosos, onde o ocidente passa a abrigar diversas formas do poder

temporal, inicialmente através da grande cisma do poder católico, surge uma nova forma de interpretação dos direitos naturais através do pensamento de Hugo Grotius, especificamente quanto à modificação da relação do direito penalizador ou penitenciário face ao ser humano como sujeito de direitos.

Nesta seara de transformações sociojurídicas também surgem os pensamentos filosóficos sociais, que em sua primeira fase estavam “a serviço do absolutismo” (CHEVALLIER, S/D), tal qual vislumbrado nas obras de Maquiavel, com *O Príncipe* no ano de 1513; Jean Bodin com *Os Seis Livros da República* em 1576; Bossuet com *a Política tirada da Sagrada Escritura* em 1679; e finalmente através de Thomas Hobbes com sua obra paradigmática *O Leviatã* publicada no ano de 1651.

No *Leviatã*, momento histórico da guerra civil inglesa, Hobbes reconheceu o Estado como uma necessidade de sobrevivência e segurança do ser humano discorrendo no capítulo XXVIII sobre: *De las penas y recompensas* com uma análise do conceito de pena: “*es un mal infligido por La autoridad pública a quien há hecho u omitido lo que esa misma autoridad considera una transgresión de La ley. A fin de que La voluntad de los hombres este por ello mesmo mejor dispuesta a la obediência.*” Para então, como questão principal passar à indagação da origem e legalidade do poder punitivo, pois “(...) ningún hombre se supone vinculado por pacto a no resistir la violência; por tanto, no puede pretenderse que confirió ningún derecho a outro para que pusiese violentamente las manos sobre su persona. Al hacer una república todo hombre abandono el derecho de defender a outro, pero no El de defenderse a si mesmo” (HOBBES, 2003, fls. 266) Dando continuidade à relação dos homens com o poder constituído, após uma breve reflexão sobre o direito de autodefesa de cada cidadão, complementa: “*y este es el fundamento del derecho a penar, que se ejercita em toda república. Porque los súbditos no concedieron ese derecho al soberano; sencillamente, al renunciar a los suyos, le fortalecieron para que usase el próprio como considerara conveniente para la preservación de todos ellos*” (HOBBES, 2003, fls. 266).

Anteriormente à publicação do *Leviatã*, Hobbes em *De Cive*, publicada no ano de 1642, refletia sobre a natureza humana, acreditando que tendia à ausência de sociabilidade, pois os homens se aproximam pela cobiça recíproca e pelo peso relativo da força de cada um, e o que une os homens nas suas relações entre si é o medo recíproco, fonte de um acomodamento dos conflitos que naturalmente encontra amparo em um regramento estatal.

Para Hobbes “toda lei pode ser dividida, em primeiro lugar, em divina e humana.

A divina em razão dos dois modos como Deus fez conhecer aos homens sua vontade é de duas espécies: natural ou moral, e positiva. (...) A lei natural pode ainda dividir-se em lei natural dos homens, à qual é reservada a denominação de lei da natureza; e lei natural das cidades, que se pode chamar lei das gentes”. (HOBBS, 2003, fls. 181). Apresentando, ainda, uma interessante reflexão sobre a correção dos infratores como fim da pena: “O sexto preceito da lei natural é que na vingança ou na punição é preciso olhar não ao mal do passado e sim ao bem do futuro. Quer dizer, não é lícito infringir uma pena por nenhum outro fim que não seja a correção do próprio infrator, ou a melhora dos outros alertados pelo exemplo do castigo” (HOBBS, 2003, fls. 74). Ainda que o termo ressocialização fosse um conceito não incorporado ao sistema jurídico-social, por suas próprias características inerentes ao estado da sociedade a utilização do termo *correção* por Hobbes induz ao sentido de permissão de reincorporação do infrator à sua função social anteriormente desenvolvida. Complementando na busca de uma linha relativa à busca da liberdade através da plena igualdade com uma análise do conceito de escravidão, onde concluiu que “por qualquer lado que se olhem as coisas, o direito de escravidão é nulo, por ser ilegítimo, por ser absurdo e nada significar. As palavras escravidão e direito são contraditórias e mutuamente se excluem” (HOBBS, 2003, fls. 30).

Posteriormente o despotismo absolutista começa a sofrer as primeiras críticas filosóficas através do pensamento de John Locke com o Ensaio sobre o Governo Civil (1748); Montesquieu com o Espírito das Leis (1748); e principalmente com Jean-Jacques Rousseau com O Contrato Social. Com relação à Rousseau evidenciamos que o exame da relação social dos seres humanos com o Estado que se dá através do Contrato Social. Para quem a definição de Lei são “as condições da associação civil”; cuja fonte é o próprio “povo submetido às leis” (ROSSEAU, 2002, fls. 49), representado por um legislador Mesmo que o direito de reinserção social aos afastados temporariamente do convívio comunitário face à infração da lei não tenha sido analisado expressamente na obra de Rousseau, parece bastante contraditório entender que não tenha havido, mesmo que implicitamente, amparo ao seu status normativo diante do contexto político-social do Contrato Social.

Com a evolução social da humanidade, no que tange à reforma das formas de organização política, tendo a guerra pela independência norte americana como um dos fatos históricos mais importantes para a formação de uma nova era de direitos. Justamente, inerente a esta fase, é que se desenvolve sob o pensamento de Thomas Jefferson, o

conceito de liberdade como o direito fundamental mais precioso, condicionado, no entanto, a outros direitos fundamentais, por seu posicionamento contrário à escravidão, sobretudo ao princípio natural da igualdade. Sob o prisma do Direito Natural, em carta de 4 de abril de 1819 dirigida a A. Issac H. Tiffany, dizia que a liberdade “está na ação não obstruída de acordo com nossa vontade, mas a liberdade justa é a ação livre de conformidade com nossa vontade dentro dos limites traçados em torno de nós pelos direitos iguais de outros” (JEFFERSON, 1973, fls. 10). Quanto ao fim da organização política, em declaração aos cidadãos republicanos do Condado de Washington em 1809, desponta de seu posicionamento filosófico social um elemento essencial para fixarmos um norte ao conceito de liberdade quando positivado no ordenamento: “Cuidar da Vida e da felicidade Humanas, e não de sua destruição, constitui o primeiro e único objetivo legítimo do bom governo” (JEFFERSON, 1973, fls. 12).

Esta redefinição dos dogmas políticos que orientavam aos modelos de Estados ocidentais em organização no século XVIII pode ser analisado sob o prisma de que diante às mudanças do poder, no caso específico da independências das colônias norte americanas, há uma utilização de todos os cidadãos livres ou de alguma forma submissos (escravos e presos) na formação de forças bélicas em proveito da nova causa, e, conseqüentemente, estes submissos recebem como recompensa a sua liberdade (ao menos lhes foi prometido), a qual para que atingisse seu fim deveria ser condicionada a uma nova reinserção social baseada na igualdade diante dos outros cidadão.

Este pensamento atravessa os oceanos e aporta na revolução francesa, onde ressaltamos o exemplo clássico da “tomada’ da Bastilha (ainda que meramente representativa como figura histórica) com a libertação de seus reclusos que se incorporaram à massa que lutava pela implantação de um novo estado de direito através do fim da monarquia. Anúncio do fim das desigualdades sociais e o começo da Era dos Direitos.

Liberdade, porém, sem igualdade, era o mote de nosso movimento de independência nas Minas Gerais no final do século XVIII. O inconfidente Tomás Antônio Gonzaga, culto jurista, apesar de crítico aos desmandos do poder sob o pseudônimo de Critilo, no célebre livro Cartas Chilenas, publicou logo após sua formação como bacharel em direito em Portugal, o livro Tratado de Direito Natural, onde demonstrava o espírito do direito que dominava a formação jurídica portuguesa naquele período anterior ao iluminismo. Interessante a sua interpretação dos requisitos da Lei, quando ao tratar do tema o faz sob a visão de que nenhuma forma da lei ofenda a pública utilidade: “as leis têm por fim o bem dos povos. Logo, para ser boa há de desempenhar o seu fim de

tal forma, que não há de mandar coisa alguma nociva, porém dispor sempre o for útil e proveitoso, pois a não ser assim, seria coartar inutilmente a natural liberdade dos vassalos” (GONZAGA, 2004, fls.185/6). Em que pesem as inexatidões históricas, há uma corrente que defende que o livro do inconfidente remonta ao ano de 1769, e que foi apresentado em um concurso para uma das cátedras da faculdade de Coimbra. Desta forma, para adequar-se ao *status quo*, o contexto geral da obra não teria sofrido interferências dos pensamentos libertários daquele final de século.

Com o advento do Iluminismo Beccariano ocorre um início de transformação, ainda que gradativa, do pensamento jurídico-social de toda uma época. Porém, para Fausto Costa o pensamento filosófico Beccariano quanto às finalidades da pena, somente haveria o reconhecimento de dois: “Impedir que el reo cometa outro delito y alejar a los demás de imitarlo” (COSTA, 1953, fls. 104).

A grande influência de nosso ordenamento republicano foi sem dúvida a filosofia do positivismo de Augusto Comte, um sistema filosófico voltado ao reconhecimento do cientificismo como meio impulsionador da busca do conhecimento, que na esfera social intitulava-se como forma política de *sociocracia* (COMTE, 1978). Como único país ocidental, muito além de uma simples linha de pensamento filosófico, o Brasil acolheu também sua religião, que o filósofo e seus seguidores acreditavam seria capaz de substituir a hegemonia da igreja católica, a Igreja da Humanidade⁷⁵. Baseado na relação supostamente elevada entre o homem e a ciência, o conjunto filosófico também não amparava efetivamente o reconhecimento da liberdade como sucedâneo da igualdade, como pudemos constatar, empiricamente, no exercício da carreira militar do marechal Rondon, vide o capítulo 6.

A Ordem e o progresso, mote do positivismo, passaram a ser os princípios fundamentais que guiavam o Brasil no início do século XX, porém com as guerras mundiais, a disputa do sistema econômico comunista em desafio à ordem capitalista, a globalização do mundo e a luta contra os poderes ditatoriais, entramos em uma era de profundas mudanças. Esta Era dos direitos, pela cronologia filosófica de Norberto Bobbio (1992), teria tido seu início com a declaração dos direitos do homem na independência norte americana e estaria em permanente evolução, tanto historicamente como sob o aspecto de desenvolvimento do ordenamento jurídico.

Utilitarismo justificado por John Stuart Mill em sua obra de idêntica denominação, publicada em 1861, quando em seu capítulo V trata da relação entre justiça e utilidade e de forma sintética esclarece a transformação que ocorreu com o sistema penitenciário moderno: “O sentimento de

75. Com a edificação de um templo positivista na área central da cidade do Rio de Janeiro, que apesar de inúmeras avarias, mantém-se como marco do pensamento brasileiro do século XIX.

justiça pode ser um instinto peculiar e, entretanto, exigir, como todos os nossos outros instintos o controle e as luzes superiores da razão” (MILL, 200, fls.69).

Seja sob a visão pragmática norte-americana, seja sob a visão utilitarista que impregnava o pensamento da época, para Lola Aniyar de CASTRO (1993), o sistema prisional penitenciário criado nesta nova era representava um conjunto estrutural muito complexo resultado de um sistema sociojurídico amparado pelo direito. Onde a primeira peça desta engrenagem era composta pela estrutura física, tão eficazmente pensada por Jeremy Bentham (2008), onde o seu *panopticum*⁷⁶ é a representação arquitetônica da disciplina. Uma visão político-social resultante da filosofia do utilitarismo, que tinha como princípio o ordenamento político constituído por trabalhadores, ainda que inseridos “maquinalmente” no sistema penitenciário através de ordenamentos definidos para este fim e consolados espiritualmente com uma nova ideologia religiosa que redefinía seu papel de submissão à sociedade industrial social. Segundo, ainda, Lola Aniyar Castro “a construção que elas perseguem é a construção (a produção) do capital variável (força do trabalho do operário) quer dizer, o indivíduo como máquina, mas também como parte da maquinaria capitalista total” (CASTRO, 1993, fls. 183). Razão pela qual, ressalvamos, mais uma vez que a ressocialização dos egressos é quase um direito contraposto ao ordenamento medieval/moderno.

8.4 Os egressos do sistema penitenciário como “minorias”

Considerando todo o arcabouço apresentado inferimos que natureza própria ao direito de ressocialização dos egressos pode ser definida como a de um direito subjetivo de uma “segunda geração de minorias”. O conceito de minoria é objeto de uma construção ideológica constante, sendo que a Suprema Corte dos Estados Unidos “por meio de diversos precedentes” identifica “as minorias a partir da consideração de que determinadas classes de pessoas não têm acesso à mesma representação política que os demais cidadãos ou, ainda, que sofrem histórica e crônica discriminação por conta de características essenciais a sua personalidade que demarcam a sua singularidade no meio social” (APPIO, 2009, fls. 200).

Sendo fato notório que o contingente humano de nossas penitenciárias é formado pela

76. O título do livro completo é O Panóptico; ou a casa de inspeção: contendo a ideia de um novo princípio de construção aplicável a qualquer sorte de estabelecimento, no qual pessoas de qualquer tipo necessitem serem mantidas sob inspeção em particular às casas penitenciárias, prisões, casas de indústria, casas de trabalho, abrigos para pobres, manufaturas, hospícios, lazaretos, hospitais e escolas.

grande maioria marginalizada da sociedade. Pessoas que tiveram pouco ou nenhum, acesso às condições básicas de inserção social, tais como acesso ao ensino e consequentemente inclusão no mercado de trabalho. Não pretendemos promover uma discussão criminológica, ainda que este momento seja propício para elencarmos outras condições sociais que marginalizam as populações de baixa renda, mas devemos ressaltar como uma das causas principais da marginalização os interesses das classes dominantes que historicamente vem se utilizando da mão de obra escravizada ou mal remunerada.

O geógrafo Andreilino CAMPOS (2007) em sua obra “Do quilombo à favela” discorre, como elemento de racismo científico, sobre a criminalização do espaço das minorias, quando no Rio de Janeiro os bairros populares são denominados “territórios” e as amplas extensões destas comunidades recebem a nomenclatura de “complexos”, fato que não ocorre quando se destina a indicação de bairros das classes médias ou altas.

Segundo Roberta Fragozo Menezes KAUFMANN (2007, fls. 167) “nos Estados Unidos, mesmo com a abolição da escravatura, não se concedeu ao negro a possibilidade de inserção na sociedade como um igual. A despeito da 14^a emenda versar sobre a igual proteção perante as leis, logo se verificou que a doutrina da igualdade seria mitigada em relação aos negros...” fato que *per si* embasou aos Poderes constituídos em elaborarem ações afirmativas voltadas a correção dos desígnios constitucionais americanos. Ações afirmativas, que para Roger Raupp Rios podem ser consideradas como “medidas que se valem de modo deliberado de critérios raciais, étnicos ou sexuais com o propósito específico de beneficiar um grupo em situação de desvantagem prévia ou de exclusão em virtude de sua respectiva condição racial, étnica ou sexual...” (RIOS, 2008, fls. 158.)

Com relação ao conflito do princípio constitucional fundamental da igualdade face às ações afirmativas voltada para a correção das distorções impostas às minorias, Ronald Dworkin em Levando os direitos a sério, elabora uma justificativa legal apresentada a uma possível reclamação de um não negro à política de cotas implementada nos Estados Unidos da América: “Qualquer política de admissão necessariamente coloca alguns candidatos em desvantagem e é razoável supor que uma política que dê preferências aos candidatos oriundos de minorias beneficie a comunidade como um todo (...) se existem mais advogados negros, eles ajudarão a fornecer melhores serviços jurídicos à comunidade negra; desse modo estarão contribuindo para reduzir as tensões sociais. Além do mais, a participação de um maior número de negros nas discussões sobre problemas sociais nas salas de aula pode muito bem melhorar a qualidade da educação jurídica para todos os estudantes. E se os negros forem vistos como alunos

de direito bem-sucedidos, outros negros que satisfazem os critérios intelectuais habituais podem sentir-se estimulados a candidatar-se a novas vagas (...) seja como for, a admissão preferencial de negros diminuiria a diferença de riqueza e poder que existe atualmente entre os diferentes grupos raciais, tornando a comunidade mais igualitária em termos gerais” (DWORKIN, 2002, fls. 351).

Partindo-se da premissa de que a população carcerária brasileira constitui uma minoria, que por nós passa a ser classificada como “minoridade de segunda geração”, o exemplo das cotas para negros no sistema de educação, apresentado por Dworkin, serve como parâmetro da importância sociopolítica de ações afirmativas voltadas a acabar com as distorções do princípio natural da igualdade impostas pelo sistema político penal do Brasil, podendo-se ser repensado para atingir também os apenados e egressos do sistema penitenciário.

8.5 O Direito fundamental como elemento histórico

Apesar de nosso objeto estar voltado à garantia dos direitos de uma minoria marginalizada, para que possam usufruir dos benefícios que o Estado faculta como regra geral, a questão que nos realmente interessa é a constituição da ressocialização como direito denominado fundamental e conseqüentemente o reconhecimento de sua natureza diante dos direitos subjetivos ordinários infraconstitucionais.

Bobbio apresenta uma reflexão sobre a possibilidade de um fundamento absoluto dos direitos do homem, e, também, caso afirmativo se tal instituto seria viável sobre a esfera de sua aplicação de forma construtiva. Alertando de forma enfática que esta busca da fundamentação absoluta “nasce da ilusão de que de tanto acumular e elaborar razões e argumentos – terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão” (BOBBIO, 1992, fls. 16). Concluindo sua argumentação ensejando-nos a uma reflexão sobre as diversidades de ordenamentos jurídicos oriundos das mais variadas organizações políticas possíveis, que por sua vez podem querer reconhecer certos direitos fundamentais ou não. Reconhecimento este que somente poder-se-ia ser concretizado com a inserção do referido direito constitucional fundamental em seu ordenamento positivo. Desta forma, afastada a possibilidade do reconhecimento de um direito imanente ao próprio ser humano, porém não reconhecido formalmente pela norma de um Estado devidamente organizado e nem imposto exteriormente através de um devido consentimento do mesmo Estado defe-

rido nos moldes de sua soberania, passaremos a apreciar os institutos devidamente positivados no ordenamento.

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes “são múltiplos os sentidos atribuídos à expressão norma fundamental (...) inclusive na obra de Hans Kelsen, a que se deve a sua mais ampla utilização no jogo de linguagem do direito”, no entanto apresenta sucintamente o seguinte conceito: “norma que, numa determinada comunidade política, unifica e confere validade às suas normas jurídicas, as quais em razão e a partir dela, se organizam e /ou se estruturam em sistema”. Esclarecendo que a diferenciação entre direitos humanos e fundamentais, encontra-se no fato de os primeiros serem reservados para as reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem enquanto os direitos fundamentais “são direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra” (MENDES, 2008, fls. 01).

Os direitos fundamentais, para Gilmar Ferreira MENDES (2008), podem ser classificados de acordo com suas gerações. No primeiro momento, ou como direitos de primeira geração, temos os oriundos das revoluções americana e francesa que tratam das liberdades individuais tais como a de consciência, de culto, inviolabilidade de domicílio, liberdade de culto e reunião. A segunda geração de direitos refere-se aos direitos sociais, “por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos poderes públicos” (MENDES, 2008, fls. 233). Como exemplo podemos citar a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc. Ressalvando-se que para o autor o princípio da igualdade recebe enorme importância nesta fase, pois estes direitos sociais, na verdade tem a finalidade de implantar a justiça social. Por fim, a terceira geração, encerra o alcance difuso ou coletivo, tendo como finalidade a tutela de direitos que tem alcance supraindividual, tais quais o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente e à conservação do patrimônio histórico e cultural ⁷⁷.

Para o jurista e historiador do direito Ricardo Rabinovich-Berkman, sobre a gênese etimológica da expressão direitos humanos, “*El adjetivo que aparece en la expresión que nos ocupa es “humanos”. Quiere decir, según la Real Academia Española, “pertenciente o relativo al hombre” (es decir, a cada individuo de nuestra especie, varón*

77. São diversas as classificações doutrinárias quanto à natureza dos direitos fundamentais, seja quanto classificação como “dimensões” ou mesmo sobre outras gerações além da terceira elencada pelo Ministro Gilmar Mendes.

o mujer). Así que por derechos humanos podríamos entender aquellos poderes amparados por la comunida, que generan conductas obligatorias em los demás, y de los que se es titular por el simple hecho de ser um miembro de la especie del homo sapiens sapiens.” (RABINOVICH-BERKMAN, 2007, fls. 02).

Sem nos olvidarmos de que no plano do direito internacional, no que tange aos direitos fundamentais, a Carta das Nações Unidas que em seu artigo 55, c determina que “com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão o respeito universal e efetivo aos direitos do homem e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”

8.6 O Direito fundamental na Carta Magna de 1988

Para André Leonardo Copetti Santos “no Brasil, o sistema jurídico foi pródigo na recepção dos postulados multiculturais”, começando pelo Preâmbulo da Carta Magna que ao citar expressamente a instituição de um Estado democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, o bem estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, instituíram-se “cânones hermenêuticos a serem adotados em todo e qualquer movimento jurídico que venha a ser feito dentro do sistema jurídico do país” (SANTOS, 2009, fls. 178).

Em nosso ordenamento constitucional os direitos fundamentais na Carta de 1988 são guiados pelo art.1º, onde resta firmado o compromisso fundamental do Estado com a dignidade da pessoa humana, que segundo Alexandre de Moraes, “é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo vulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar “(MORAES,2011, fls. 48).”

Analisado o princípio fundamental, o art. 3º passa a discorrer sobre os objetivos fundamentais do Estado, onde, para fim de elaboração de nossa hipótese, passamos a transcrever os incisos que se relacionam ao nosso objeto: I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária; III – Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – Promover o bem de todos, sem preconceitos de

origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Objetivos estes que segundo Moraes “o rol (...) não é taxativo, tratando-se tão somente de previsão de algumas finalidades a serem perseguidas(...)

Direitos e Garantias Fundamentais no Art. 5º: Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: Passando a elencar o rol dos direitos e garantias constitucionais, individuais e coletivos, firmados em seus setenta e nove incisos.

Sob uma perspectiva doutrinária restritiva o princípio constitucional da igualdade estaria submetido à apreciação do alcance da elaboração das leis, sendo fator impositivo ao objeto das mesmas e no caso de lei com vigência anterior à Constituição, procedendo-se sua devida adaptação, assim como deve ser uma garantia também aplicada nas políticas ou programas de ação estatal. Igualdade, que além de ser um direito fundamental também tem a função de dever estatal, podendo, na sua ausência, ser motivo de resistência ou desobediência social, chegando a justificar até mesmo uma ruptura do pacto social vigente, como podemos verificar em John Rawls “embora existam vários princípios de dever natural, todas as obrigações tem origem no princípio de equidade (...) devemos lembrar que esse princípio afirma que a pessoa tem uma obrigação de fazer sua parte, especificada pelas normas de uma instituição, sempre que tiver aceitado voluntariamente os benefícios do sistema ou tenha aproveitado as oportunidades que oferece para a promoção de seus interesses, contanto que essa instituição seja justa ou equitativa” (RAWLS, 2008, fls. 427).

8.7 Da interpretação do direito como “fundamental”

Dentro desta linha de raciocínio filosófico chegamos à questão da hermenêutica dos direitos fundamentais. Cujas primeiras reflexões originam-se da interpretação de Paulino Jaques de que “A Lei é a expressão formal do direito”, mas “este se concentra também no costume e jurisprudência” (JACQUES, 1968, fls. 26), cuja interpretação deve se pautar em elementos externos, que na doutrina clássica de São Tomás de Aquino estavam ligadas à razão e ao bem comum (*ordinatio rationis ad bonum communio*). Hodiernamente o pensamento Tomista para Afonso Arinos de Melo Franco deve ser contemporizado pelo pensamento filosófico cristão de Jacques Maritain, o qual entendia que “a existência dos direitos fundamentais do homem provém do reconhecimento da

superioridade do homem sobre o Estado” (FRANCO, 1958, fls. 189), havendo desta forma, ainda que não expressamente positivados, direitos que não podem sucumbir ao interesse despótico estatal.

Considerando que o reconhecimento do direito à ressocialização dos egressos do sistema prisional/penitenciário brasileiro está implicitamente subordinado, pela teoria restritiva, ao reconhecimento do mesmo como mandamento normativo, a primeira questão a ser enfrentada é quanto à sua hierarquia perante o conjunto de normas legais. Isto posto não havendo disposição expressa em qualquer dos elementos do conjunto normativo legal, pois que ordinariamente através da Lei de Execução Penal não há norma que determine a realização desta função pelo Estado, ultrapassada a questão de seu reconhecimento como fim da pena conforme já demonstrado no corpo deste trabalho.

Considerando que o ordenamento legal não é estático em função do avanço social, passamos a uma análise dos métodos clássicos de interpretação constitucional, que são aqueles geralmente apresentados pelas leis introdutórias da legislação civil, portanto positivados e expressamente previstos, que são a os métodos: literal; o sistemático; o histórico e o teológico.

O primeiro é o método literal, que apesar de ser um procedimento preliminar obrigatório para qualquer outra forma de interpretação, também é previsto como uma forma de interpretação estrita, também chamada de *interpretativismo*, onde o intérprete deve ater-se somente ao texto sem qualquer cotejamento com o direito natural ou do devido processo legal. O segundo método de interpretação ocorre através do método sistemático, onde as normas são analisadas diante do contexto em que se inserem, ultrapassando o conjunto normativo expresso para visualizar a coerência do conteúdo desta norma em relação a outras disposições legais do ordenamento jurídico. Quanto ao método histórico consiste, fundamentalmente, em uma análise do processo de criação do texto que é objeto da interpretação, cabendo ressaltar que na esfera constitucional sua exarcebação recebe o nome de originalismo ou preservacionismo, e tem como fim a vontade do constituinte (NOGUEIRA, 2003). Por fim temos o método teológico, onde as normas devem ser aplicadas tendo-se em conta seu espírito de finalidade. Este método refere-se ao fundamento último das normas jurídicas, é através dele que se chega a politicidade da norma. No entanto, segundo Flávia de Almeida Viveiros de Castro, “modernamente, a interpretação constitucional se caracteriza pela ação de três instâncias hermenêuticas, que, apesar de operarem em concorrência com os demais métodos, possuem significativa relevância. São elas: a evolutividade, a politicidade e

a penetração axiológica” (CASTRO, 2001, fls. 61).

A atualização da norma, permite ao intérprete aquilatar o contexto sociojurídico e determinar, sob um conjunto de outras premissas de legalidade, se a norma positivada previa intrinsecamente, ou ao menos poderia prever, que a conjuntura social pudesse evoluir dentro de um contexto organizacional positivo. No que tange à politicidade, que segundo os métodos clássicos já era considerado um dos elementos implícitos da interpretação do método teológico, a doutrina italiana a denominava de direcionamento político da norma e entendia que o operador ao criar a norma a impregnava de um determinado fim ideológico, no sentido de que seu exercício estivesse voltado para a consecução da realização de um objeto político-social. Quanto à penetração axiológica, ou o método principiológico e valorativo, pode-se conceituá-lo como sendo a utilização de um conjunto hermenêutico que abrange todos os fatores interpretativos que irão favorecer uma solução adequada para o caso concreto. Mais especificamente quanto ao preceito constitucional aplicável e a sua melhor forma de sua aplicação.

Nesta seara hermenêutica para que possamos concretizar o exercício do devido reconhecimento de um direito como inserido em nosso ordenamento, Juarez FREITAS (2002) apresenta uma série de preceitos que muito elucidam e aprofundam o universo dos operadores do direito em desafio interpretativo: O primeiro preceito refere-se à exigência de que numa adequada interpretação tópico-sistemática da Constituição os princípios fundamentais são a base e o ápice do sistema, neste contexto as melhores interpretações são aquelas que sacrificam o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais. Prossegue analisando que toda exegese sistemática constitucional tem o dever de garantir a maior tutela jurisdicional possível e que uma interpretação sistemática constitucional deve buscar a maior otimização possível do discurso normativo, assim como toda exegese sistemática deve ser articulada a partir de uma fundamentação racional, objetiva e impessoal das premissas eleitas.

Uma boa interpretação sistemática constitucional é aquela que se sabe, desde sempre, coerente e aberta, e que as melhores interpretações constitucionais sempre procuram zelar pela soberania da vitalidade do sistema sem desprezar o texto, mas indo além dele, como requer o próprio texto constitucional. As melhores leituras sistemáticas da Constituição visualizam os direitos fundamentais como totalidade indissociável e, nessa medida, procuram restringir ao máximo as suas eventuais limitações, emprestando-lhes, quanto ao núcleo essencial, tutela reconhecidora da eficácia direta e imediata. Por fim na perspectiva tópico-sistemática uma lúcida interpretação das normas fundamentais

sempre colima promover a preservação dos princípios constitucionais, ainda quando em colisão.

Em que pese nossa preocupação sobre o fundo constitucional mister esclarecer que o fato do direito fundamental não ter sido regulamentado através do ordenamento ordinário, e nem mesmo reconhecido como autoaplicável, não gera nenhum impedimento em seu reconhecimento e efetivação, conforme nos amparamos no entendimento de Willis Santiago Guerra Filho nos quais mesmo que os interesses coletivos não estejam respaldados em normas regulamentadoras “não é por isso que se vai admitir seu desrespeito. Caberá, assim, ao judiciário suprir a ausência completa e os defeitos de produção legislativa, no sentido da realização dos chamados direitos fundamentais de terceira geração, ou direitos de solidariedade” (GUERRA FILHO.2002. fls.99).

Outra questão de suma importância é que o reconhecimento do direito da ressocialização dos egressos como direito fundamental não deve, e nem pode ficar somente no âmbito da interpretação autêntica feita pelos órgãos jurídicos, pois deve ser permitida e praticada pelo poder Executivo. Ainda que para Hans Kelsen “a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas (...)” (KELSEN, 1984, fls. 472)” pois que ela não é uma criação jurídica, e, desta forma, ao contrário da jurisprudência dos conceitos que aceita a criação de um direito novo sua Teoria Pura do Direito nega o poder de criação face à interpretação, em nosso caso específico, uma ação do Poder Executivo somente estaria tendo a finalidade de cumprimento de preceito constitucional implícito, sem qualquer prejuízo ao mundo do direito.

Poder Executivo no sentido de Estado, que para Hegel “*é (...) a realidade em ato da liberdade concreta. Ora a liberdade concreta consiste em a individualidade pessoal, com os seus particulares, de tal modo possuir o seu pleno desenvolvimento e o reconhecimento dos seus direitos para (nos sistemas da família e da sociedade civil) que, em parte, se integram por si mesmos no interesse universal e, em parte, consciente e voluntariamente o reconhecem como seu particular espírito substancial e para ele agem como seu último fim*” (HEGEL 1997, fls. 225). Posição que Karl Marx, em sua crítica contundente à filosofia do direito de Hegel, refuta sobre a legitimidade da fonte monárquica constitucional: “a constituição não passa de uma acomodação entre o Estado político e o não político” e ao mesmo tempo apresenta o que entende ser o fim constitucional: “o homem é o princípio da constituição e (a constituição) teria em si mesma a determinação e o princípio de avançar com a consciência” (MARX: 2005, fls.76).

Estado este que para Eros Grau seria o “Estado social (que) legitima-se, antes de tudo, pela realização de políticas, isto é, programas de ação; assim, o *government by policies* substitui o *gouvernemente by Law*” (GRAU, 2005, fls. 26). Quanto à vinculação do Estado para com os direitos subjetivos, para Jurgen Habermas “o Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos tem que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que tem que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, implicações jurídicas objetivas, contidas *in nuce* nos direitos subjetivos” (HABERMAS, 1997, fls. 171).

8.8 Do objeto da ressocialização como direito fundamental

Finalmente, reiteramos que o direito à ressocialização dos egressos em sua amplitude fática pode ser resumido à disponibilização de elementos que lhes proporcionem sua (re)inserção ao mercado de trabalho, acesso ao ensino escolar, assim como elaboração de instrumentos que inibam qualquer tipo de discriminação do Estado ou das entidades privadas face a possíveis diferenciações no exercício da cidadania.

Considerando que os objetos finalísticos aos quais estão voltados o exercício do direito à ressocialização dos egressos formam um conjunto muito amplo a ser disponibilizado, temos como essencial ressalvarmos que todos estão amparados, como questão de fundo constitucional do direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Afastando-se, destarte, uma análise de uma relativização do princípio da dignidade humana, para nos atentarmos ao valor intrínseco do direito à ressocialização dos egressos onde para Ingo Wolfgang Sarlet: “a ordem comunitária (poder público, instituições sociais e particulares) bem como a ordem jurídica que não toma a sério a dignidade da pessoa (como qualidade inerente ao ser humano e, para além disso, como valor e princípio jurídico-constitucional fundamental) não trata com seriedade os direitos fundamentais e, acima de tudo, não leva a sério a própria humanidade que habita em cada uma e em todas as pessoas e que as faz merecedoras de respeito e consideração recíprocos” (SARLET, 2001, fls. 145).

Para ressaltar a importância do trabalho, livre e voluntário buscamos a interpretação de Engels em seu estudo O papel do trabalho na transformação do macaco em homem, mais especificamente no seguinte trecho: “Certamente foram precisos milhares de anos, que são menos importantes na história da Terra que um segundo apenas na vida

do homem, para que daquelas manadas de macacos trepadores em árvores surgisse a sociedade humana. Mas finalmente ela surgiu e voltamos a questionar qual seria a característica distintiva entre a manada de macacos e a sociedade humana. E de novo respondemos: o trabalho” (ENGELS, 1990, fls. 26).

Mas, nem só de trabalho vive o homem ressocializado, além do que podemos prever e prover pelo meio do direito que há um algo mais que só um espírito profundo como o de Nietzsche pode antever “a ilusão e o engano geral no domínio da pretensa correção moral. Não acreditamos que alguém possa se tornar diferente quando já não o é: quer dizer, quando ele não é, como é frequentemente o caso, uma multidão de pessoas, ou pelo menos esboços de pessoas. Nesse caso, ocorre que outro papel passa para o primeiro plano, que o “velho homem” seja repellido... o aspecto é modificado, não a natureza profunda... O que efetivamente não ocorre sempre é que isto interrompa o hábito de um certo modo de agir, mas extraia daí a melhor razão para praticá-lo. Quem é criminoso por *fatum* e disposição não esquece nada, mas aprende com isso sempre mais. E uma longa privação atua mesmo como um *tonicum* sobre o seu talento... o fato de que alguém deixe de cometer certas ações é um simples *fatum brutum*, que autoriza as interpretações mais diversas. Para a sociedade, sem dúvida, a única coisa que tem interesse é que ninguém cometa mais certas ações: com este fim, ela o afasta das condições nas quais ele pode cometer certas ações; é em todo caso mais sábio tentar o impossível, que consistiria em romper a fatalidade do seu “ser-isto-e-aquilo” (NIETZSCHE, 2009, fls. 279/80).

Por fim suscitamos ao poder legislativo o reconhecimento da ressocialização dos egressos como direito constitucional fundamental, razão pela qual entendemos termos apresentado os necessários subsídios históricos, sociais, filosóficos e jurídicos para a apresentação junto ao Congresso Nacional de uma Emenda Constitucional voltada para introduzir a inserção da ressocialização dos egressos como direito fundamental incluso no rol dos incisos do artigo quinto da Constituição Federal, onde estão dispostos os direitos fundamentais dos presos e condenados. Outrossim, não temos dúvidas que pelo desenvolvimento histórico e filosófico de nosso direito, sobretudo pelo estágio de evolução jurídico em que nos encontramos, não há nenhum impedimento para o devido reconhecimento do direito de ressocialização dos egressos, amparado pelos princípios constitucionais fundamentais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, pelo Poder Judiciário através das ações procedimentais existentes em nosso ordenamento.

9. Conclusão

A história penitenciária brasileira não pode ser um mero apêndice na história da execução penal eurocêntrica onde nosso arcabouço jurídico tenha sido baseado no modelo penitenciário desenvolvido sobre os sistemas de Auburn e da Pensilvânia. Restando, destarte, em nossas pesquisas a existência de elementos que indicam um modelo próprio inserido no sistema prisional brasileiro com ênfase nas relações entre a execução de seu fim penalizante e o homem como sujeito de deveres diante do sistema criminal.

Os fatos históricos comprovam as peculiaridades relativas ao sistema de cumprimento das ordens do sistema penal em nosso sistema. Iniciamos nesta seara nossa pesquisa avaliando os elementos histórico-sociais trasladados do reino português para o Brasil durante a colonização no século XVI, os quais gradativamente assimilaram os elementos das culturas indígenas e africanas incorporadas aos usos e costumes do povo que aqui se formou, indicando-nos que, pelas adequações resultantes deste processo de aculturação, qualquer estudo das origens históricas de nossas instituições jurídicas deve acatar a premissa da existência de um direito próprio, podendo-se falar, sob o prisma das diversidades culturais, em uma verdadeira formação do direito pátrio.

Neste processo em construção pudemos inferir a relação direta entre a implantação de um sistema prisional, trasladado em sua prática jurídica e legislativa de Portugal e as necessidades particulares do processo de colonização. Idiossincrasias pragmáticas que nos primórdios do descobrimento modificaram as relações do Estado com os condenados à pena de degredo, transformando-a em elemento essencial para a colonização em detrimento de qualquer fim punitivo. Relação esta que predominava, também, entre os infratores detidos nos tempos primevos pela justiça em terras do Brasil, quando, então, ocorria uma simbiose entre os princípios jurídicos da Lei e o princípio natural da preservação da liberdade (essência inata do homem).

Com a implantação definitiva do Estado, pela definição básica suas estruturas estamentais, encerrou-se a necessidade imperativa da participação dos condenados por meio de seus compromissos com o projeto coletivo, surgindo-se uma nova forma de relação entre os elementos do sistema prisional quando os apenados passaram a representar o papel de mão de obra gratuita, no qual, por suas peculiaridades, os escravizados do século XIX delinquiram para nele serem incorporados e desta forma escaparem das relações perversas de subserviência que mantinham com seus “senhores”.

Com o desenvolvimento da industrialização a mão de obra barata representada pelos ex-escravizados das zonas rurais juntamente com a mão de obra dos migrantes estrangeiros, expostos à exploração econômica já tradicional nos contratos laborais, encaminha-se para as zonas urbanas

em ascensão, transformando a relação jurídico-punitiva em uma nova relação estado-cidadão. Para o amoldamento do sistema social aos novos tempos urbano-industriais formata-se um sistema prisional baseado no critério hipoteticamente científico regido pelos moldes que se espalham no mundo ocidental, uma ciência arquitetônica que acolhe o espírito do pensamento filosófico em evolução.

Muitas são as orientações filosóficas do pensamento penitenciário, passando-se da teoria da retribuição até a teoria da ressocialização como finalidade da pena. No direito punitivo brasileiro, em sua célere transformação, constatamos uma preocupação constante com a evolução humanitária do sistema prisional, questão observada sob o prisma da evolução histórica do sistema de igualdade dos povos brasileiros que se reflete na constante luta pela vedação da utilização do sistema penal como forma de controle social.

Diante da evolução das denominadas gerações ou dimensões do direito constitucional, concluimos que qualquer um, brasileiro ou não, inserido no sistema prisional, tem o direito de ser ressocializado, na mais ampla concepção do termo, para que, desta forma, obtenha a chance de ser inserido no sistema social vigente e, desta forma, possamos nos afastar da utilização do aprisionamento como forma de manutenção do poder pelas classes dominantes, as quais ainda hoje, por seus sectários, vem criminalizando as condutas infringidas às necessidades das massas populares para implantarem novas formas de manutenção do poder totalitário.

Os princípios pétreos da igualdade e da liberdade exigem de nossos homens públicos que a ressocialização dos egressos seja aplicada formalmente ao nosso sistema penitenciário-prisional, para que as desigualdades sociais originadas pelo fosso que separa os homens marcados pela prisão dos homens livres sejam finalmente extirpadas corrigindo-se este terrível erro histórico que vem estigmatizando nossa sociedade por meio da clivagem de classes sociais por meio da implantação irreparável de uma minoria de segunda geração alienada de seus direitos à inserção social .

Ainda que não contemos com a inserção do direito à ressocialização como direito constitucional positivo, por ser um processo que exige a quebra dos grilhões históricos, não há óbices para que ao menos na forma de direito ordinário subjetivo ou coletivo seja aplicado como embasamento nas decisões do Poder Judiciário por meio do processo de interpretação jurídico baseado em nossa evolução social, para que, desde já, possamos, finalmente, inserir a ressocialização dos egressos em nossa ordem social⁷⁸, construindo-se, passo a passo, uma sociedade mais justa onde as chances do ser humano reerguer-se após seu castigo expiatório possa ser real e não uma mera ficção doutrinária.

78. As formas de persecução efetivas encontram-se no final do capítulo 8, onde apresentamos sugestões para serem conduzidas diante do legislativo e do judiciário.

10. Bibliografia

- ABRAHÃO, Salomão Pires. *Da necessidade dos patronatos para os egressos das prisões*. Porto Alegre: Tip. Thurmman, 1939.
- ABREU, Capistrano. *Capítulos de história colonial (1500-1800)*. 7ª ed., Belo Horizonte: Itatiaia, 2000.
- AL-ALAM, Caiuá Cardoso. *A negra força da Princesa: polícia, pena de morte e correção em Pelotas (1830-1857)*. Pelotas, RS: Editora do Autor, Sebo Icaria, 2009.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020.
- AMARAL, Luís. *As Américas antes dos Europeus*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1946.
- ANASTASIA, Carla Maria Junho. *A geografia do crime: violência nas Minas setecentistas*. Belo Horizonte: UFMG, 2005.
- ANDRADE, Theophilo de; *História do Café no Brasil e no Mundo*. Rio de Janeiro: Livraria Kosmos Editora Ltda., 1984
- ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*, Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ANTONIL, André João. *Cultura e opulência do Brasil por suas drogas e minas*. (Rio de Janeiro): Conselho Nacional de Geografia, 1963.
- ANTUNES, Álvaro de Araújo ET. Alii; *História de Minas Gerais, vol 1, as Minas setecentistas*. Belo Horizonte: Autêntica/Companhia do Tempo, 2007.
- APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- ARAÚJO, Américo Ribeiro de. *Sciencia penitenciária positiva*. Rio de Janeiro: Editora: a livraria Leite Ribeiro, 1923.
- ARAÚJO, Carlos Eduardo; *História das Prisões no Brasil, – entre dois cativeiros: escravidão urbana e sistema prisional no rio de Janeiro, 1790-1821*. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2009.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- ASSALY, Alfredo Issa. *O trabalho penitenciário: aspectos econômicos e sociais*. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1943.
- AUTOS de devassa da inconfiência mineira – sete volumes. Brasília -Belo Horizonte: Imprensa oficial de Minas Gerais, 1976.
- AVELAR, Hélio de Alcântara. *História Administrativa do Brasil: a administração*

- pombalina*. 2ª Ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1983.
- AZEVEDO, Moreira de. *O Rio de Janeiro – Sua História, monumentos, homens notáveis, usos e curiosidades*. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira Editora, 1969.
- AZZI, Riolando. *A cristandade colonial: um projeto autoritário*. São Paulo: Paulinas, 1987.
- BANDEIRA, Esmeraldino O. T. *Curso de Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1913.
- BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. *Origem, natureza e finalidade da pena (tabu, pecado e crime)*. Belo Horizonte: editora do autor, 1949.
- BARRA, Sérgio Hamilton da Silva. *Entre a Corte e a Cidade do Rio de Janeiro no tempo do Rei (1808-1821)*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008.
- BARREIROS, Eduardo Canabrava. *D. Pedro, jornada a Minas Gerais em 1822*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1973.
- BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito II*. 2ª ed. - Rio de Janeiro,; Record, 1991.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Torrieri Guimarães - São Paulo: Martim Claret, 2003
- BENTHAM, Jeremy. *O Panóptico*. Trad. Guacira Lopes Louro. 2ª Ed., Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Trad. Luiz João Baraúna. 2ª Ed., São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchese di. *Questões Criminais*. Trad. Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2006.
- VASCONCELOS, Bernardo Pereira. *Carta aos Senhores Eleitores da Província de Minas Geraes*. 2ª edição, Rio de Janeiro: editado por Francisco Rodrigues de Paiva, 1899
- BESSA, Antonio Luiz de. *História Financeira de Minas Gerais em 70 anos de república*. Belo Horizonte: Secretaria de Estado da Fazenda, 1981.
- BICUDO, Tatiana Vigiani. *Por que punir? Teoria Geral da Pena*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BITTAR, Eduardo, C.B.. *Teorias Sobre a Justiça: Apontamentos para a História da Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: editora Campus, 1992.

- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia de direito*. Trad. Mário Pugliese, São Paulo: Editora ícone, 1995.
- BOSCHI, Caio César. *Os leigos e o poder: (irmandades leigas e política colonizadora em Minas Gerais)*. São Paulo: Editora Ática, 1986.
- BOTELHO, Ângela Vianna; Reis, Liana Maria. *Dicionário histórico Brasil-Colônia e Império*. 3ª ed., Belo Horizonte: Autêntica, 2002.
- BRITTO, Lemos. *A questão sexual nas prisões*. Rio de Janeiro; Livraria Jacinto Editora, (s.d.).
- CALMON, Pedro (Org). *História social do Brasil*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- CAMACHO, Gustavo Malo. *História de las Carceles em México (precolonial, colonial e independente)*. México: Instituto Nacional de Ciências Penales, 1979.
- CAMARGO, Maria Soares de. *Terapia penal e sociedade*. Campinas, São Paulo: Editora Papirus, 1984.
- CAMPOS, Andreilino. *Do quilombo à favela: a produção do “espaço criminalizado”*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Bertrand, Brasil, 2007.
- CAMPOS, Washington Luiz de. *O direito do trabalho nas prisões*. São Paulo: Indústria Gráfica Siqueira S.A., 1952.
- CARNEIRO, Edison. *A Cidade do Salvador, 1549: uma reconstituição histórica*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: civilização Brasileira, 1980.
- CARNEIRO, Edison. *Ladinos e Crioulos – Estudos sobre o Negro no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1964
- CARVALHO, Amiltom Bueno de; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004.
- CARVALHO, Theophilo Feu. *Comarcas e Termos – criações supressões, restaurações, incorporações e desmembramentos de comarcas e termos, em Minas Geraes (1709-1915)*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1920.
- CASTRO, Emílio Silva de. *Pena de Morte Já*. Rio de Janeiro: Revista Continente Editorial Ltda. 1986.
- CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros. *Interpretação constitucional e prestação jurisdicional* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.
- CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Reação social*. Trad. Ester Kosovski - Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.
- CERQUEIRA, Dionísio. *Reminiscências da Campanha do Paraguai (1865-1870)*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1980.

- CESANO, José Daniel. *Estudios de Derecho Penitenciario*. Buenos Aires: Ediar, 2003.
- CHAVES, João Baptista de Vasconcellos. *Sciência Penitenciária*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1912.
- CHEVALLIER, Jean-Jaques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Trad. Lydia Christina, 2ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Agir Ltda., (?).
- CINTRA, Sebastião de Oliveira. *Efemérides de São João Del-Rei - 2ª Edição – dois volumes*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1982,
- COARACY, Vivaldo. *O Rio de Janeiro no século dezessete*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1965.
- COELHO DE ALBUQUERQUE, Luiz Gonzaga. *Da contribuição de Tomás de Aquino à ciência do direito*. Fortaleza, CE: Imprensa Universitária do Ceará, 1957.
- COMTE, Auguste. *Curso de Filosofia Positiva*. Trad. José Arthur Giannotti. São Paulo: Cultural, 1978.
- COSTA, Emília Viotti da. *Da Senzala à Colônia*. São Paulo: Livraria Editora ciências Humanas Ltda., 1982.
- COSTA, Fausto. *El delito y la pena en la historia de la filosofia*. Trad. Mariano Ruiz-Funes. México: Union Tipográfica editorial Hispano Americana, 1953.
- COSTA, Mário Almeida. *História do Direito Português*. 3ª Ed., 9ª reimp., Coimbra, Edições Almedina As., 2008.
- CRIPPA, Adolpho (Org). *As idéias filosóficas no Brasil*. São Paulo: Editora Convívio, 1978.
- DAL RI JÚNIOR, Arno (Org). *Iluminismo e direito penal*. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2008.
- DE LA BOIÉTIE, Étienne. *Discurso sobre a servidão voluntária*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009.
- DIACON, Todd A. *Rondom: O marechal da floresta*. trad. Laura Texeira Motta, São Paulo: Editora Scharcz, 2006
- DUARTE, Leila Menezes. *Pão e Liberdade: uma história de pedreiros escravos e livres na virada do século XIX*. Rio de Janeiro: MAUAD: FAPERJ, 2002.
- DUSSEL, Henrique. *Filosofia da libertação: Crítica à ideologia da exclusão*. Trad. Jorge Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.
- DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no império*. Rio de Janeiro; Topbooks, 1992.
- DWORKIN, Ronald; *Levando os direitos a sério*: tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martin Fontes, 2002.

- EDMUNDO, Luiz. *O Rio de Janeiro no tempo dos Vice-Reis*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Athena, (s.d.)
- ENGELS, Friedrich. *O papel do trabalho na transformação do macaco em homem*. 4ª edição, São Paulo: Global Editora 1990.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: editora Scala, (s/d).
- FALCONI, Romeu. *Reabilitação Criminal*. São Paulo: Editora Ícone, 1995.
- FELLINI, Zulita et alii. *Derecho de ejecución penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2006.
- FERREIRA, Eliette, Org. *Divagações em prosa e verso sobre a carta de achamento do Brasil – Grêmio Barramansense de Letras*. Barra Mansa, RJ: Prosa e Verso Editora Ltda., 2000.
- FONSECA, Guido. *Crimes, criminosos e a criminalidade em São Paulo (1870-1950)*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1988.
- FRAGOSO, Heleno et alii. *Direitos dos Presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- FRAGOSO, João. *A economia colonial brasileira: (séculos XVI-XIX)*. São Paulo: Atual, 1998.
- FRANCO, Afonso Arinos de. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.
- FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal* – 51ª edição. São Paulo: Global, 2006.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- FREITAS, Mário Martins de. *Reino Negro de Palmares*. Rio de Janeiro: Bibliex, 1988.
- FRIEIRO, Eduardo. *O Diabo na Livraria do cônego*. 2ª Ed., São Paulo: Ed. Itatiaia, 1981.
- GALLO, Editt. *História de la beneficencia em el Buenos Aires Colonial*. Buenos Aires: Ediciones Corregidos, 2002.
- GODAYOL, José Mas. *Historia de La pena de muerte*. Barcelona: Editorial Trimer, 1961.
- GÓES, Marcus. *D. João: o trópico coroado*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2008.
- GONZAGA, Tomás Antônio. *Tratado de Direito Natural*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- GOMES, Francisco de Assis Magalhães. *História da siderurgia brasileira*. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1983.

- GOMES, Laurentino. *1889, como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da república no Brasil*. São Paulo: Ed. Globo, 2013.
- GOMES, Suzana de Camargo. *Crimes Eleitorais: 4ª edição*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2010.
- GÓMEZ, Eusébio. *Doctrina Penal e Penitenciária*. Buenos Aires: Valério Abeledo Editor, 1929.
- GONZAGA, Tomás Antônio. *Tratado de Direito Natural*. São Paulo: Martin Fontes, 2004.
- GOULART, Henry. *Penologia I*. São Paulo: Editora Brasileira de Direito Ltda., (s.d.)
- GOUVÊA, Maria de Fátima Silva. *O império das províncias*. Rio de Janeiro; civilização brasileira, 2008
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.
- GREENHALG, Juvenal Ferreira Lima. *Presigangas e calabouços ou prisões da marinha no século XIX*. Rio de Janeiro: Serviço de Documentação da Marinha, 1998.
- GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra de da paz*. Ijuí, Rio Grande do Sul; BR. Editora Unijuí, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: Aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. 2ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2002
- GUIMARÃES, Geraldo. *São João Del-Rei – século XVIII – história sumária*. São João Del-Rei, Minas Gerais: Brasil, edição do autor, 1996
- GUYAU, Jean-Marie. *Crítica da idéia de sanção*. Trad. Regina Schopke. São Paulo: Martins Editora, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo, Martins Fontes, 1997.
- HERKENHOFF, João Batista. *Uma porta para o homem no direito criminal*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- HOBBS, Thomas. *De Cive*. Trad. Ingeborg Soler. Petrópolis: Brasil, Vozes, 1993.
- HOBBS, Thomas. *Leviatan*. Trad. Antonio Escohotado. Buenos Aires: Editorial Losada, 2003.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de (Org). *História Geral da Civilização Brasileira (Tomo*

- I: a época colonial). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Visão do Paraíso*. São Paulo; Publifolha, 2000.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal, Vol II*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1955
- HUE, Sheila Moura. *Primeiras Cartas do Brasil – 1551-1555*. Rio de Janeiro; Jorge Zahar editores, 2006.
- IBSEN NORONHA, José Casas. *Aspectos do direito no Brasil quinhentista: consonâncias do espiritual e do temporal*. Coimbra: Ed. Almedina, 2008.
- JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição, Rio de Janeiro: Revista forense, 1958.
- JEFFERSON, Thomas. *Escritos Políticos*. Trad. Leônidas Gontijo, São Paulo: volume XXIX da coleção Os Pensadores, Editor Victor Civita, 1973.
- JESUS, Damásio de. *O novo sistema penal: interpretação e aplicação da Lei nº 6.416 de 24.05.1977*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1978.
- KARASH, Mary. *A vida dos escravos no Rio de Janeiro, 1808-1850*. São Paulo: editora das Letras, 2000.
- KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado, 6ª edição, Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.
- KENT, Jorge. *El Patronato de liberados Y el Intituto de la Libertad condicional*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma Y Hnos, 1974.
- KHOURY, Yara Aun (coordenadora). *Guia dos Arquivos das Santas Casas de Misericórdia do Brasil (fundadas entre 1500 e 1900)*. São Paulo: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 2004
- KIDDER, Daniel P. *Reminiscências de viagens e permanências no Brasil: Rio de Janeiro e Província de São Paulo*. Trad. de Moacir N. Velloso, Brasília: Senado Federal, 2001
- KOEMER, Andrei (Org). *História da justiça penal no Brasil*. São Paulo: IBC-CRIM, 2006.
- LARA, Tiago Adão. *As raízes cristãs do pensamento de Antônio Pedro de Figueiredo*. São João del-Rei, MG; Edição da Faculdade Dom Bosco de Filosofia, Ciências e Letras, 1977.
- LAGE de RESENDE, Maria Efigênia (Org). *As Minas Setecentistas*. Belo Horizon-

te: Autêntica, 2007

LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LÉRY, Jean de. *Viagem à terra do Brasil*, Trad. Sérgio Milliet, Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 2007.

LEVAGGI, Abelardo. *Las Cárceles Argentinas de antaño (siglos XVIII y XIX) Teoría y realidad*. Buenos Aires: Villela Editor, 2002.

LÉVI -STRAUSS, Claude. *Tristes Trópicos*. São Paulo; Companhia das Letras, 1999.

LITAIFF, Aldo. *As divinas palavras – identidade étnica dos Guarani-Mbyá*. Florianópolis: editora da UFSC, 1996.

LOPES, Nei. MACEDO, José Rivair. *Dicionário de história da África: Séculos VII a XVI*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

LUCCOK, Jonh. *Notas sobre o rio de Janeiro e partes meridionais do Brasil*. trad. Miltom da Silva Rodrigues. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975

MACEDO, Roberto. *História Administrativa do Brasil*. São Paulo: DASP, serviço de documentação, 1964.

MACHADO, Humberto Fernandes. *Escravos, Senhores e Café: A crise da cafeicultura escravista do Vale do Paraíba fluminense, 1860/1888*: Niterói, Rio de Janeiro, Clube de Literatura Cromos, 1993.

MACHADO NETO, A. L. *História das Idéias jurídicas no Brasil*. São Paulo: Editora Grijalbo Ltda., 1969.

MAHIQUES, Carlos A. *La noción jurídica de tortura*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad católica Argentina, 2003.

MAIA, Clarissa Nunes (Org). *História das Prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MALAGUTI BATISTA, Vera. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MARCHI, Carlos. *Fera de Macabu, a história e o romance de um condenado à morte*. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999.

MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Edições Almedinas, 2009.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. 2ª ed., São Paulo:

MARQUES, A. H. de Oliviera. *História de Portugal*. 2ª ed., Lisboa; Edições Ágora. 1973

- MARTINS, Hélio Leôncio. *A Revolta dos Marinheiros – 1910*. Rio de Janeiro: serviço de documentação da Marinha, 1988.
- MARYSCÔTT, Mariel a. Mattos. *Humanização – desigualdade humana – eu passei por lá*. Rio de Janeiro: J. di Giorgio editores, 1979.
- MAURO, Frédéric. *O Brasil no tempo de dom Pedro II: 1831-1889*. Trad. Thomas Rosa Bueno. São Paulo: Cia das Letras, 1991.
- MELLO, Carl Egbert Haqnsen Vieira de. *O Rio de Janeiro no Brasil quinhentista*. São Paulo: Editora Giordano, 1996.
- MELLO e SOUZA, Laura de *Desclassificados do ouro: a pobreza mineira no século XVIII*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Edições Graal, 1986.
- MENDES, Gilmar Ferreira, et. Alli. *Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2008*.
- MILL, John Stuart. O utilitarismo. Trad. Alexandre Braga Massela. São Paulo: Ed. Iluminuras, 2000.
- MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: A gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MORAES, Alexandre de; *Direitos Humanos Fundamentais*. 9ª edição, São Paulo Editora Atlas, 2011.
- MORAES, Evaristo de. *Prisões e Instituições. Penitenciárias no Brazil*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Conselheiro Cândido de Oliveira, 1925.
- MORAES, Evaristo de. *Da Monarquia para a República (1870-1889)*: 2ª edição Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.
- MORAES, Evaristo de. *Carceres e Fogueiras da inquisição*. Rio de Janeiro: Athena Editora, (s.d.)
- MORAES, Pedro Rodolfo Bode de. *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MOREIRA DE AZEVEDO. *O Rio de Janeiro: sua história, monumentos, homens notáveis, usos e curiosidades*. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira Editora, 1969.
- MOREL, Edmar. *A Revolta da Chibata*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Edições Graal Ltda., 1986.
- MORRIS, Clarence (Org). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MOTTA, Manoel Barros da. *Crítica da Razão Punitiva: Nascimento da Prisão no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense |Universitária, 2011.

- MOURA, Evânio . *Remissão da pena pelo estudo: Rápida abordagem crítica*. In Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo: Editora Síntese, 2004. V.4, nº 24.
- NAY, Olivier. *História das idéias políticas*. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. 2ª ed -. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- NEUMAN, Elias. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciários*. Buenos Aires: Edições Panedille, 1971.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Escritos sobre direito*. Trad. Noéli Correia de Melo Sobrinho, São Paulo: Editora Loyola, 2009
- NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.
- NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista*. Barueri, SP: Almedina, 2008.
- NUNO J. ESPINOSA, Gomes da Silva. *História do direito português: fontes de direito*. 4ª Ed. - Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 2006.
- OMEGNA, Nelson. *A cidade colonial*. 2ª Ed, Brasília: Ebrasa-MEC, 1971.
- O'NEIL, Thomas. *A viagem da família real portuguesa para o Brasil*. Trad. Ruth Sylvia de Miranda, 3ª Ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 2008.
- PAIM, Antônio. *História das idéias filosóficas no Brasil*. 5ª Ed. Londrina: Ed. da Uel, 1997.
- PAIM, Antônio. *A filosofia brasileira contemporânea*. Londrina: CEFIL, 2000.
- PAIXÃO, Antônio Luiz. *Recuperar ou Punir? Como o Estado trata o criminoso*. São Paulo: Cortez Editora, 1987.
- PARRON, Tâmis. *A política da escravidão no Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- PAULO, Alexandre Ribas de, et alii. *Iluminismo e Direito Penal*. Florianópolis: Editora da Fundação Boiteax, 1999.
- PEIXOTO, Afrânio. *Criminologia*, 4ª edição, São Paulo: Edição Saraiva, 1953.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- PIERONI, Geraldo. *Vádios e ciganos, heréticos e bruxas: os degredados no Brasil-colônia*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2006.

- PIMENTEL, Manuel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1983
- PINAUD, João Luiz Duboc, et. Alii. *Insurreição negara e justiça*. Rio de Janeiro: Editora Expressão e Cultura, 1987.
- PINHO, Ruy Rebello. *História do direito penal brasileiro: período colonial*. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973.
- PINHO, Wanderley. *História de um engenho do recôncavo*. 2ª Ed. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1982.
- PRADO, Júnior Caio. *Formação do Brasil Colônia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- PRADO, Júnior Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Publifolha, 2000
- PRADO, Luiz Regis et alii. *Direito Penal Contemporâneo. Estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- PRODI, Paolo. *Una historia de la justicia*. Trad. Luciano Padilla López. Capellades, Espanha: Katz conocimiento, 2008.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *Una viaje por la historia del derecho*. Buenos Aires: Quorum, 2007.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *Derechos Humanos – Uma introducción a su naturaleza y a su história*. Buenos Aires: Quórum, 2007
- RAÓ Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- RAPOSO, Ignácio. *História de Vassouras*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Instituto Estadual do Livro, 1978.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões, 3ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- RIBEIRO, Bruno de Moraes. *A função da reintegração social da pena privativa de liberdade*. Porto Alegre, RS: Sérgio Antônio Fabris, 2008.
- 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.
- RIGHI, Esteban. *Teoria de la pena*. Buenos Aires: Hamurabi, 2001.
- RIO, João do. *A Alma Encantadora das Ruas*. Rio de Janeiro: Séc. Municipal da Cultura, 1987.
- RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação, discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- RODRIGUES, José Carlos. *Idéias filosóficas e políticas em Minas Gerais no século XIX*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1986.
- RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal – Tomo I/1891/1898 – defesa das liberdades civis*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S. A., 1965,
- RODRIGUES, Lysias A. *Formação da Nacionalidade Brasileira: História resumida das guerras holandesas ao norte do Brasil*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, vols 198-199, 1954.
- RODRIGUES, Nina. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*. 3ª Ed., São Paulo: companhia Editora Nacional, 1938.
- RODRIGUES, Nina. *Os Africanos no Brasil*. São Paulo: Madras, 2008.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar (Parte Geral)*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques. *A origem da desigualdade entre os homens*. Trad. Ciro Mioranza, São Paulo: editora Scala, (?)
- SABADELI, Ana Lucia. *Tormenta júris permissione – Tortura e Processo Penal na península ibérica (séculos XVI – XVIII)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006
- SALEM, Marcos David. *História da polícia no Rio de Janeiro – 1808 a 1930: uma instituição a serviço das classes dominantes*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.
- SALGADO, Graça (Org). *Fiscais e Meirinhos: a Administração no Brasil Colonial*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant; seu fundamento na liberdade e igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1986.
- SALLES, Fritz Texeira de. *Associações Religiosas no ciclo do ouro: introdução ao estudo do comportamento social das irmandades de Minas no século XVIII*. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- SALLES, Fritz Texeira de. *Vila Rica do Pilar* São Paulo: editora Itatiaia, 1982.
- SALVADOR, Frei Vicente. *História do Brasil*. Brasília: Edições do Senado Federal. 2010.
- SANDEL, Michelo J., *O liberalismo e os limites da justiça*, 9ª edição, trad. Carlos Pacheco do Amaral, Rio de Janeiro: Fundação Calouste Gulbernkian, 2005.

- SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de Filosofia Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- SANTOS, Myriam Sepúlveda dos. *Os porões da República: a barbárie nas prisões da Ilha Grande: 1894-1945*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- SARLET, Ingo Wolman; *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988* Porto Alegre,; Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, Alberto. *A cidade do Salvador (aspectos seculares)*. Salvador, BA: Imprensa Oficial da Bahia, 1971.
- SILVA, Kalina Vanderley P. da. *Dos criminosos, vadios e de outros elementos incômodos: uma reflexão sobre o recrutamento e as origens sociais dos militares coloniais*. In Lócus Revista de História. Juiz de Fora, MG: EDUFJF, 2002. V.8, nº 1.
- SILVEIRA, Alípio. *Os estabelecimentos penais e o juízo das execuções criminais*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1965
- SIQUEIRA, Sônia Aparecida de. *A inquisição portuguesa e a sociedade colonial*. São Paulo: Ática, 1978.
- SKIDMORE, Thomas. *Brasil de Getúlio a Castelo*. 5ª edição, Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra S. A. 1976
- SODRÉ, Nelson Werneck. *A Coluna Prestes*. Rio de Janeiro: editora Civilização Brasileira S.A., 1980
- SODRÉ, Nelson Werneck. *Cipriano Barata ou A Liberdade Acima de Tud..* Rio de Janeiro: Topbboks, 1997.
- SOUTHEY, Robert. *História do Brasil*. 3ª edição, São Paulo: Editora Obelisco, 1965.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos Estrangeiros no Brasil – aspectos jurídicos e criminológicos*; Rio de Janeiro: Editora Lúmem Juris, 2007.
- SOUZA, Laura de Mello. *Os desclassificados do ouro*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Edições Graal, 1986.
- STEIN, Julian. Stanley. *Vassouras um município brasileiro do café – 1850/1900*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1990 .
- STADEN, Hans. *Primeiros registros escritos e ilustrados sobre o Brasil e seus habitantes*. Trad. Angel Bojadsen, São Paulo: Editora Terceiro Nome, 1997.
- TAMBASCO, José Carlos Vargens. *A Vila de Vassouras e As Freguesias do Tinguá*:. Vassouras, Rio de Janeiro: Edição do autor, 2004.
- TAMBASCO, José Carlos Vargens. *A Vila de Vassouras e a Economia do Café – A ascensão e o declínio da cafeeicultura no Vale do Paraíba (1833-1888)*. Vassouras, Rio

de Janeiro: Edição do Autor, 2010.

TERÁN LOMAS, Roberto A. M.. Las ideas penales em inglaterra em los siglos XVI e XVII. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1953.

THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*. 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TINÔCO, Antonio Luiz. *Código criminal do império do Brazil anotado*. Brasília: Senado Federal, 2003.

TOOD, A. Diacon. *Rondon: o marechal da floresta*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo; Companhia das Letras, 2006.

TRINDADE, Lourival Almeida. *A Ressocialização... Uma (Dis) função da Pena de Prisão*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

VALLADÃO, Haroldo. *História do direito especialmente do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

VASCONCELLOS, Bernardo Pereira de. *Carta aos Senhores Eleitores da Província de Minas Geraes*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Francisco Rodrigues de Paiva, Alfarrabista Brasileiro, Editor, 1899.

VERAS, Frederico Magno de Melo. *Culpabilidade nos crimes propriamente militares*. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2007.

VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1994.

VIANNA, Paulo Domingues. *Regimen penitenciário*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1914.

VIEGAS, Augusto. *Notícia de São João Del-Rei*. 2ª edição, Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1953.

VICENTE, do Salvador, Frei. *História do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

VIEIRA, Antônio, Pe. *A Arte de Furtar*. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1999.

VON HENTIG, Hans. *La pena*. Madrid: ESPASA-CALPE S.A., 1967.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. trad. André Telles, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WACQUANT, Loic. *Punir os Pobres – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2007.

WALTER, M. Fernando. *Manual del derecho Eclesiástico universal*. Trad. J.M.B., 2ª Ed., Paris: Libreria de Garnier Hermanos, 1852.

WATHELY, Maria Celina et. Alii. *Resende 1801-2001 – Crônica dos Duzentos Anos*.

Resende, Rio de Janeiro: Academia Resendense de História, 2001.

WHELING, Arno e Wheling, Maria José. *Formação do Brasil Colonial*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005

WHELING, Arno e Wheling, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

WOLFMAN, Luizão. *Portal do Inferno...Mas há esperança*. São Paulo: Madras Editora Ltda, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, e, Batista, Nilo. *Manual de Direito Penal Brasileiro- parte Geral*. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999,

ZALUAR, Augusto Emílio. *Peregrinação pela província de São Paulo (1860-1861)*. São Paulo; Livraria Martins Editora, (1952).

ZAMORA, Maria Helena. *Para Além das Grades.: elementos para a transformação do sistema socioeducativo*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

ZARUR, Dahas. *Mordomia dos Presos (o embrião da Justiça gratuita): Tributo a Tiradentes*. Rio de Janeiro: ed. do Autor, 1999.



José Roberto Fani Tambasco

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA -AR); Mestre em Ciências Ambientais (Universidade de Vassouras); Advogado com atuação no sistema penitenciário do Estado do Rio de Janeiro desde 1992; Defensor Público Federal desde 2002 tendo atuado na Penitenciária Militar da Marinha na Ilha das Cobras, RJ (2004/05) e na primeira Penitenciária Federal do Brasil em Catanduvas, PR (2006).

Minorias de Segunda Geração é um grito de alerta para que a sociedade possa compreender que o atual modelo de reinserção social dos egressos do sistema penitenciário brasileiro precisa ser reformulado com urgência. O Estado precisa ter o compromisso constitucional com a reconstrução das suas perspectivas de vida, oferecendo-lhes, para tanto, a verdadeira ressocialização.

APOIO



Escola Nacional