

5 — ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

HISTÓRIA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA (Períodos Republicanos)

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal Membro
da Academia Paranaense de Letras

INTRODUÇÃO

Em artigo anterior publicado nesta mesma coluna, indiquei alguns elementos sobre a formação histórica do Direito Penal brasileiro, a partir da descoberta - quando passaram a vigorar as *Ordenações Afonsinas* - até o advento do Código Criminal do Império (16.12.1830). Sob o título "*Um pouco da História luso-brasileira*", o texto aborda o itinerário do sistema criminal tendo como referências básicas os diplomas impostos pela dominação portuguesa e a legislação que sucedeu a Independência.

A contribuição oferecida neste número da *Revista* analisa a evolução do sistema positivo desde o Código da Primeira República (Dec.847, de 11.10.1890), o chamado *Código Republicano*¹ e prossegue até o elenco das sanções penais do Código Penal de 1940 (Dec.-lei 2.848, de 7.12.1940).

Um outro artigo completará essa trilogia. Ele irá indicar as tendências internacionais do pós-guerra, os movimentos e projetos de reforma do Código Penal de 1940, com destaque para a

revisão das sanções, a legislação especial, e se completará com a reforma introduzida pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984.

O critério orientador da restauração histórica fixou-se na perspectiva das reações penais, diante da natureza e dos limites estabelecidos para a presente investigação.

A PRIMEIRA REPÚBLICA (1889-1930)

1. O Código Penal de 1890

Com o Decreto 1, de 15 de novembro de 1889, o Governo Provisório, chefiado pelo Marechal Manuel Deodoro da Fonseca, proclamou a República Federativa do Brasil e estabeleceu as normas pelas quais se deveriam reger os Estados-membros. O ato contou também com as assinaturas de Aristides da Silveira Lobo, Ruy Barbosa, Quintino Bocaiúva, Benjamin Constant e Wandenkolk Correia. E desde o dia seguinte já se falava da futura Carta Política.²

A abolição da escravidão, em consequência da lei de 13 de maio de 1888, acarretou sensíveis modificações no

1. A expressão "*Código Republicano*" tem sido empregada com muita frequência para indicar o diploma de 1890, quando é óbvio que os demais também foram sancionados sob essa forma de Governo.

2. Edgard Carone, *A República Velha*, vol. I, *Instituições e Classes Sociais*, Rio de Janeiro, 1978, p. 287.

Código, como a supressão de algumas figuras delituosas.

Em razão daquele fato e da natural transformação pela qual estava passando o Brasil, em fase de transição política e institucional de profundas repercussões humanas e sociais, Joaquim Nabuco - o grande líder do abolicionismo - apresentou na Câmara dos Deputados um projeto autorizando o ministro da Justiça a mandar publicar uma nova edição do Código Criminal, eliminadas as disposições referentes à escravidão, constantes em leis especiais.

O Ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles, incumbiu o Conselheiro Baptista Pereira de organizar o projeto de um novo Código Penal, recomendando urgência na elaboração do trabalho. E antes mesmo de tal evento, o Governo baixou o Decreto 774, de 20 de setembro de 1890, abolindo a pena de galés,³ reduzindo a trinta anos as penas perpétuas, computando no tempo de prisão o período da prisão preventiva e instituindo a prescrição das penas.

O projeto Baptista Pereira foi apresentado em pouco mais de três meses e uma Comissão (da qual fazia parte o autor) introduziu pequenas alterações e algumas emendas de simples redação.

Em 11 de outubro de 1890 foi assinado o Decreto 847 que mandava observar o novo Código Penal.⁴

2. O elenco geral das penas

O Código de 1890 não continha a previsão das medidas de segurança que

3. A pena de *galés* sujeitava os réus a andarem com calceta no pé e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos públicos da província onde ocorrera o delito, e ficando à disposição do Governo (art. 44).

4. Para uma sumária visão histórica dos trabalhos de elaboração do Código e das críticas que ensejou, ver Galdino Siqueira, *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral, Rio de Janeiro, 1947, t. I, p. 74 e s.

foram introduzidas no Código de 1940, como uma *inovação capital* e por influência do projeto de Código Penal suíço de 1894, elaborado por Carlos Stoops. A propósito, o art. 68 daquele diploma estabelecia: "O condenado que achar-se em estado de loucura, só entrará o cumprimento da pena, quando recuperar as suas faculdades intellectuaes. Parapho unico. Si a enfermidade manifestar-se depois que o condenado estiver cumprindo a pena, ficará suspensa a execução, não se computando o tempo de suspensão no da condemnação".⁵

Relativamente às penas, o Código de 1890 previa as seguintes espécies privativas de liberdade: a) *prisão celular*, aplicável para quase todos os crimes e algumas contravenções, constituindo a base do sistema penitenciário. Caracterizava-se pelo isolamento celular com obrigação de trabalho, a ser cumprida "em estabelecimento especial" (art. 45); b) *reclusão*, executada em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares (art. 47); c) *prisão com trabalho obrigatório*, cominadas para os vadios e capoeiras a serem recolhidos às penitenciárias agrícolas para tal fim destinadas ou aos presídios militares (art. 48); d) *prisão disciplinar*, destinadas aos menores até a idade de 21 anos, para ser executada em estabelecimentos industriais especiais (art. 49). O elenco das sanções abrangia também o *banimento*,⁶ a *interdição*, a *suspensão e perda de emprego público*, com ou sem inabilita-

5. Segundo doutrinador da época, deveria ser suspenso o processo contra o autor que, após o fato, ficasse louco. (Cf. Manoel Clementino de Oliveira Escorel, *Código Penal Brasileiro*, ed. Duprat & Comp., SP, 1905). Mas havia julgados em sentido contrário: "A loucura do réo não é difficuldade insuperável á conclusão do summario de culpa". (Acc. do Tribunal de Relação de Minas Geraes, em 13.10.1900, em *Direito*, vol. 84, p. 480.)

6. Abolida pela Constituição de 1891, art. 72, § 20.

ção para o exercício de outro, e a multa (art. 43, *b, f, g, e h* combinados com os arts. 46, 56, 57 e 58).

A sanção pecuniária consistia no pagamento ao Tesouro Federal ou dos Estados, segundo a competência respectiva, de uma soma pecuniária que seria regulada pelo que o condenado pudesse ganhar em cada dia por seus bens, emprego, indústria ou trabalho (art. 58). O Código manteve, portanto, o critério já adotado pelo Código Imperial, com a multa fixada em dias (art. 55).

Expressamente se declarava que “não há penas infamantes” e que a privação de liberdade individual não poderia exceder de trinta anos (art. 44).

Penalistas de grande prestígio censuraram o caráter temporário das sanções privativas de liberdade. Entendiam que a eliminação da pena de morte pelo sistema anticriminal reclamava um sucedâneo adequado para proteger os interesses sociais lesionados pelos “grandes assassinos, os delinquentes de índole ou estado, cuja incorrigibilidade e temibilidade se patenteassem.”⁷

A preocupação em se individualizar a execução da pena de prisão era demonstrada na regra do art. 53, segundo a qual os condenados deveriam ter, nos estabelecimentos onde cumpriam a medida, trabalho adequado às suas habilitações ou ocupações anteriores.

3. A influência da Escola Positiva

Os estudos e as conquistas da Escola Positiva se manifestaram em nosso país com bastante intensidade. Tobias Barreto, considerado por Viveiros de Castro como “o homem mais eminente que o Brasil tem produzido nesta segunda metade do sécu-

lo”,⁸ foi um dos mais prestigiados escritores que receberam as contribuições dos positivistas, objetivando a reformulação do ordenamento legal insuficiente para conter os avanços da criminalidade.

As investigações criminológicas contribuíram decisivamente para uma abertura de perspectivas em torno dos grandes problemas do delito, do delinquente e da pena. Em tal sentido, os esforços de Tobias de Barreto foram merecidamente reconhecidos, ligando o seu nome ao advento da criminologia no Brasil.⁹

Dentro daquele quadro, quando a Primeira República desenvolvia uma nova marcha de progresso, a obra de Ferri serviu de modelo obrigatório para as pesquisas entre nós. Adotava-se como linha de princípio que a criminalidade não poderia ser esbatida através de medidas penais de extrema severidade. Analisando os *substitutivos penais* expostos num plano geral envolvendo diversas ordens (econômica, política, científica, legislativa, administrativa, religiosa, familiar e educativa), o criminalista Viveiros de Castro concorda com o grande sociólogo e jurista italiano. E reconhece a ineficácia da pena que perdia a força de intimidação apregoada pela Escola Clássica: “a penalidade torna-se mais forte e a criminalidade cresce em proporção ainda maior”, dizia ele, admitindo ser “tempo de mudar de rumo”.¹⁰

A Antropologia, a Psicologia, a Psiquiatria, a Endocrinologia e outras disciplinas destinadas ao conhecimento integral do Homem e sua circunstância, entusiasmaram os penalistas brasileiros. Exem-

7. Entre os nossos escritores favoráveis à prisão perpétua, estavam Galdino Siqueira e A. J. da Costa e Silva, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, SP, 1938, vol. II, p. 85 e s.

8. Viveiros de Castro, *A Nova Escola Penal*, RJ, 1913, p. 7. O clássico trabalho de Tobias Barreto, *Menores e Loucos*, foi editado em 1884, no Rio de Janeiro, mas desde 1882 aparecia em publicações do *Diário de Pernambuco*.

9. Assim o proclamou Clóvis Beviláqua em *Criminologia e Direito*, BA, 1896, p. 19.

10. Ob. cit., p. 82.

plos dessa corrente de idéias que floresceram das investigações das ciências naturais, políticas e sociais, foi a fundação da Sociedade de Antropologia Criminal, Psiquiatria e Medicina Legal (1895) integrada por Machado de Oliveira, Cândido Motta, Alcântara Machado e outros professores catedráticos da Faculdade de Direito de São Paulo.¹¹

4. Os projetos de reforma

A ampla discussão acadêmica e doutrinária em torno dos postulados e do confronto das Escolas Clássica e Positiva estimulava os movimentos de reforma precoce do diploma. Assim, já a partir de 1893 foi apresentado à Câmara dos Deputados um projeto de autoria de João Vieira de Araújo, professor da Faculdade de Direito do Recife. Em 1913, Galdino de Siqueira elaborou também um projeto, mas que não alcançou repercussão no âmbito parlamentar.

No ano de 1927 foi divulgado (incompleto) o projeto de Código Penal de autoria do Desembargador Virgílio de Sá Pereira. As penas eram divididas em duas classes: *principais* e *acessórias*. As primeiras eram constituídas pela multa, o exílio local, a detenção, a prisão e a relegação; as outras seriam: a interdição de direitos, a publicação de sentença, o confisco de certos objetos e a expulsão de estrangeiro.

A SEGUNDA REPÚBLICA (1930-1937)

5. A Consolidação das Leis Penais

A natural profusão de leis durante o período republicano e as tendências muito vivas no sentido de se rever o Código

de 1890 levaram o Governo a promover uma consolidação das leis existentes. Havia dificuldades não somente de aplicação das leis extravagantes como também de seu próprio conhecimento.

Na Exposição de Motivos ao Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932, o Chefe do Governo Provisório admitia o malogro das várias tentativas de reforma do Código Penal brasileiro "que ora se empreende e ainda tardará em ser convertida em lei, não obstante a dedicação e competência da respectiva Subcomissão Legislativa".

O trabalho de consolidação foi realizado pelo Desembargador Vicente Piragibe e continha 410 artigos. Nos termos do decreto de promulgação, o diploma aprovado não revogava dispositivo da lei em vigor no caso de incompatibilidade entre os textos respectivos (art. 1.º, parágrafo único).

6. A Constituição de 1934

Vitorioso o movimento militar revolucionário de 1930, foi editado o primeiro decreto visando à organização da futura Assembléia Nacional Constituinte. Era datado de 10 de fevereiro de 1931 e se destinava a rever a legislação em vigor e a "apresentar novas codificações e projetos de lei que o Governo Provisório adotaria ou mandaria mais tarde ao Poder Legislativo".¹² Formaram-se subcomissões sob a direção de Levi Carneiro para a revisão dos códigos.

Os trabalhos da constituinte foram morosos e interrompidos por acontecimentos de grande repercussão política, como a Revolução de São Paulo (1932). Houve a necessidade de convocação de eleitores em todos os Estados brasileiros, que se realizaram em 3 de maio 1933. Em 15 de novembro daquele ano foi promovida a sessão solene da Assembléia Nacional Constituinte.

11. A propósito de tais tendências e de seus principais representantes, consultar Manoel Pedro Pimentel, "Breves Notas para a História da Criminologia no Brasil", em *Ciência Penal*, n.º 2, de 1979, ed. Forense, RJ, p. 38 e seg.

12. Lemos Brito, *A Nova Constituição Brasileira*, RJ, 1934, p. 64.

A nova Carta Política seria promulgada em 16 de julho de 1934. A colheita das assinaturas dos constituintes foi procedida em atmosfera de visível emoção dos parlamentares e da assistência. Às aclamações no recinto, nas tribunas e galerias se seguiu o Hino Nacional e um dos últimos oradores da Constituinte, Fernando Magalhães - daqueles homens estranhos à política mas convocados para a grande obra - proferiu em plenário a frase que era o sentimento geral do povo: "Que nunca mais a liberdade desapareça do Brasil."¹³

Reafirmando a necessidade de se garantirem princípios fundamentais de segurança individual e coletiva (proibição da retroatividade da *lex gravior*, personalidade da pena etc.), a Constituição vedava as penas de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo. Quanto à pena de morte, ficavam ressalvadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro (art. 113, §§ 27, 28 e 29).

Outros textos de garantia e aplicáveis ao processo penal (instituição do juiz natural, proibição de detenção ou prisão arbitrárias, de foro privilegiado e tribunais de exceção; a concessão generosa da fiança; a garantia da plenitude da defesa e os mecanismos de proteção de direitos como o *habeas corpus* e o direito de petição) integravam-se numa relação de textos de garantia (art. 113 e §§) que caracterizavam o sentido nitidamente liberal da Carta de 1934.

7. O Projeto de 1935

O projeto de autoria do Desembargador Virgílio de Sá Pereira¹⁴ foi bastante

debatido. Diversos juristas se manifestaram em memoráveis discussões, especialmente as estimuladas pela Sociedade Brasileira de Criminologia durante o ano de 1936, sob a presidência do Desembargador Magarinos Torres.

A influência exercida pela Escola Positiva ficou bem delineada através da orientação adotada em importantes setores como a classificação dos delinquentes, a periculosidade criminal e social, a individualização e indeterminação da pena, o emprego das medidas de segurança, etc.

Um estudo comparativo contendo uma resenha do projeto já fora feito por Tancredo Gatti, enaltecendo o trabalho como notável manifestação do movimento reformador das leis penais e uma nova afirmação das doutrinas da Escola Positiva.¹⁵

No exame procedido por Jimenez de Asúa, os defeitos eram reduzidos e as virtudes anotadas com entusiasmo. O projeto foi por ele considerado como uma das melhores leis penais do futuro.¹⁶

A Faculdade de Direito do Recife designou uma Comissão para apresentar sugestões e formular emendas ao projeto que tomou o número 118-A de 1935 (Código Criminal dos Estados Unidos do Brasil), conforme a solicitação da Câmara dos Deputados.

Os estudos e as sugestões apresentados pelo relator daquela Comissão foram editados na capital pernambucana, em 1937, e desde logo enaltecem o "notável

13. Hélio Silva, "A Apoteose Final", em 1934 - A Constituinte, ed. Civilização Brasileira, RJ, 1969, p. 564.

14. O texto foi publicado pela primeira vez, com a respectiva Exposição de Motivos, nas *Pandectas Brasileiras*, de Espínola, 1927, vol.

III, parte 4.^a, p. 56 e seg. Em 23 de dezembro de 1928 foi editado pelo *Diário Oficial* o projeto completo.

15. A nota é redigida por A. J. da Costa e Silva, ob. cit., vol. I, p. IV.

16. O artigo de Asúa foi publicado na *Monatschrift fuer Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1927, p. 277 e reproduzido no livro *El nuevo Derecho Penal*, Madri, 1929, p. 213 (cf. Costa e Silva, ob. e loc., cits.).

trabalho, fruto de acurados estudos de técnicos do direito e das ciências penais".¹⁷

Afastando-se do critério tradicional adotado pela Escola Clássica, o projeto examina a ofensa causada à sociedade não somente em função da gravidade do crime, mas também pela temibilidade do agente segundo suas condições físico-psíquicas. A classificação dos delinquentes acompanhou algumas indicações do projeto Ferri (1921) e do *Codice Rocco* (1930).

Adotando o sistema dualista (penas e medidas de segurança), o projeto se louvou em modelos contemporâneos como os códigos suíço, italiano e austríaco, que consideram a pena como reação à culpa do agente e a medida de segurança como providência destinada a prevenir ilícitos futuros, no interesse da ordem e da segurança social.

Relativamente à parte das penas, o projeto as dividiu em principais e acessórias. As sanções privativas de liberdade consistiam na *prisão* (mínimo de um ano e máximo de trinta anos) e na *detenção* (mínimo de oito dias e máximo de três anos). A *multa* era a sanção pecuniária enquanto o *exílio local* e a *relegação*¹⁸ seriam as providências que

visavam afastar o delinquentes do meio social onde a infração produzia seus efeitos nocivos.

As penas acessórias constituíam na interdição de direitos, na publicação da sentença, no confisco dos instrumentos do crime e de seus proventos e na expulsão de estrangeiros.

Além da humanização no processo de execução, o projeto indicava medidas alternativas, visando reduzir as hipóteses de penas curtas de prisão. A multa, o perdão judicial, o *sursis* e a *custódia doméstica* (chamada prisão domiciliar) eram as principais medidas de substituição. O projeto insistiu em manter categorias das penas curtas, apoiando-se em parte da doutrina internacional que entendia desaconselhável a absoluta eliminação.

O projeto Sá Pereira, em forma de substitutivo apresentado pela Comissão Revisora, foi aprovado pela Câmara dos Deputados logo em primeira discussão, reservadas as emendas modificativas para oportunidade posterior. E assim ele chegou ao Senado, em 1937.

O ESTADO NOVO (1937-1945)

8. O golpe de Estado

Em carta dirigida ao Presidente Getúlio Vargas em 22 de julho de 1936, o chanceler Osvaldo Aranha manifestava as preocupações com a repercussão, no

para os primários, e em qualquer quantidade para os reincidentes ou habituais. Se da natureza do crime, das condições em que foi cometido e da personalidade do agente o juiz se convencesse de ser o réu perigoso, imporia, além da privação de liberdade, a relegação condicional. Se o infrator se revelasse refratário à influência da pena, a relegação se aplicaria. Se demonstrasse readaptabilidade ao meio social, seria reintegrado sob a proteção de algum patronato.

17. Os professores do Recife examinaram o Projeto já revisto pela Comissão integrada pelo autor Sá Pereira e pelos criminalistas Evaristo de Moraes e Bulhões Pedreira. O relator da comissão de estudos do Recife foi o professor J. Aureliano Correia de Araújo (*O projecto do Código Criminal do Brasil*, Recife, 1937).

18. A *relegação* foi proposta como espécie de pena indeterminada para substituir as penas de morte e de prisão perpétua. Segundo a Exposição de Motivos de Sá Pereira, a medida, de caráter relativamente indeterminado, não se aplicava aos delitos políticos (*Projecto de Código Penal Brasileiro*, RJ, 1930, p. 105). A natureza condicional da relegação dependia do comportamento do delinquentes após cumprida a pena de prisão por mais de cinco anos,

estrangeiro, da repressão que se fazia no Brasil às atividades políticas e ideológicas como resposta à intentona comunista de 1935.

Com pessimismo, Aranha reconheceu que “o mundo caminha para os extremos, seja o da esquerda, seja o da direita. Não há mais lugar para o meio-termo. A alavanca universal apóia-se, hoje, na Rússia e deslocará o mundo para a esquerda ou nos atirárá num abismo de guerra e lutas sociais”.¹⁹ Na histórica correspondência, o autor da carta, com uma grande autoridade perante o Governo, denuncia a intolerância ideológica quando o Exército e a Marinha interferiam no debate de idéia entre civis. E verberou o disparate consistente em possíveis e futuras revoluções *religiosas* ou *científicas* nas Forças Armadas atirando-se a responsabilidade sempre aos civis, aos sábios, aos padres, às freiras, aos pintores e até aos poetas. O obscurantismo chegara ao seu clímax quando o Ministro de Guerra teria escrito ao Presidente da República pondo em pé de igualdade, em matéria política, um deputado, um cidadão e um soldado!

Enfaticamente, advertiu Osvaldo Aranha: “O nosso problema é pôr ordem nas classes armadas e deixar ao livre jogo das idéias a evolução política de nosso país.”²⁰

Porém, os acontecimentos políticos, econômicos e sociais se encaminhavam para um confronto de forças com predomínio absoluto para a extrema direita. Em 10 de novembro de 1937 é instituído o Estado Novo e outorgada uma Constituição. O Parlamento é dissolvido e fechado o Congresso Nacional.

No preâmbulo da Carta Política de 1937 se declarou a existência de um “estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente”. Afirmou-se que sob as instituições anteriores não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo.

Relativamente aos textos penais, a nova lei fundamental instituiu a pena de morte para além das hipóteses previstas na legislação militar para o tempo de guerra, a fim de alcançar as infrações políticas e também o homicídio de natureza comum quando praticado por motivo fútil e com extremos de perversidade (art. 122, § 13, f). Não se declarou a garantia da personalidade da pena e se estabeleceu que o uso dos direitos e garantias previstas na Constituição era limitado ao bem público, às necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como às exigências da segurança da nação e do Estado (art. 123). Criou-se um tribunal especial para julgamento dos crimes políticos e contra a economia popular.

As profundas alterações introduzidas na vida nacional coincidiam com o progresso da doutrina totalitária do nazifacismo que se irradiava da Alemanha e da Itália para o continente latino-americano e mais particularmente para a América do Sul.

A pureza do método adotado pela escola Clássica no estudo do crime, do criminoso e das reações penais foi enaltecida pelos neoclássicos desde as primeiras décadas deste século. Para combater o afluxo de doutrinas e os “males” que acarretariam ao sistema, surgiu da Itália a grande reação marcada historicamente pela conferência de Arturo Rocco na Real Universidade de Sassari

19. *Arquivo de Getúlio Vargas*, vol. XXIII, doc. 31, cit. por Hélio Silva, 1937 - *Todos os Golpes se parecem*, ed. Civilização Brasileira, RJ, 1970, ps. 188-189.

20. Em Hélio Silva, ob. cit., p. 189.

em 15 de janeiro de 1910.²¹ Como foi reconhecido com muita propriedade por penalistas brasileiros,²² a mensagem de Rocco se tornou “a cartilha dos neoclássicos em geral e sob a sua bandeira se arremimentou a referida escola”.

A posição defendida por Rocco implicava admitir a origem privatística do *método jurídico* e concluir que o âmbito de conhecimento do direito penal se limita a três ordens de procedimentos: a) uma indagação exegética; b) uma indagação dogmático-sistemática; c) uma indagação crítica.

Frente a tais premissas, o trabalho intelectual do penalista se reduz a interpretar o texto, a ordenar a matéria numa forma sistêmica, a extrair os dogmas e a propor as reformas se a lei for deficiente. Mas todas estas atividades deveriam efetuar-se no quadro próprio do direito penal vigente e sobre a base de seus princípios e do seu sistema e não, subjetivamente, por influxo da filosofia e da política criminal.

No mesmo sentido, Manzini revelou-se um tecnicista radical proclamando a “*inutilità giuridica delle indagini filosofiche*”.²³

Dramatizando com tintas lúgubres o panorama do direito penal de seu tempo, Rocco insurgia-se também contra o direito natural diante da premissa de que

o direito positivo era a única fonte do direito penal. Igualmente a antropologia era considerada como disciplina de ilícita intrusão, ou, conforme suas palavras, “*come una distruttrice del diritto penale*”.²⁴

9. O Anteprojeto Alcântara Machado

Com a deflagração do golpe de Estado de 1937, o novo ministro da Justiça, Francisco Campos, designou o professor Alcântara Machado para estudar a mudança da legislação penal.

Em 15 de maio de 1938 estava pronto um anteprojeto do Código Criminal Brasileiro, contendo 132 artigos. No dia 11 de agosto daquele mesmo ano foi dado à estampa o trabalho que se completou com a Parte Especial. O anteprojeto continha, nas duas partes, um total de 390 artigos.

Embora manifestando sua opinião pessoal desfavorável à pena de morte, “contra a qual se levantavam objeções da maior gravidade e transcendência”,²⁵ Alcântara Machado deixou a solução do problema ao critério do Governo se este quisesse executar o dispositivo constitucional permitindo a aplicação da sanção capital em relação aos crimes políticos e de homicídio qualificado. E, assim, acompanhou o exemplo dos penalistas Jorge Cohl e Eusebio Gomez, autores do projeto argentino, redigindo somente na Parte Geral alguns artigos correspondentes (casos de não aplicação ou de não execução da pena de morte; a instituição do recurso *ex officio* da decisão que a aplicasse e a forma de execução - arts. 27 a 29).

As demais penas previstas eram: a) *reclusão*, de um ano no grau mínimo e

21. A primeira conferência sobre o tema foi pronunciada em 6 de dezembro de 1902 na Universidade de Ferrara, sob o título: *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, divulgada em *Opere giuridiche*, Roma, 1933, vol. III, p. 111. Posteriormente e com o mesmo título foi feita a preleção na Real Universidade de Sassari. Entre as versões em espanhol, pode-se mencionar a procedida por Rodrigo Vallejo, *El Problema y el Método de la Ciencia del Derecho Penal*, Bogotá, 1978.

22. Entre outros, Oscar Stevenson, *O Método Jurídico na Ciência de Direito Penal*, RJ, 1943, p. 8.

23. *Trattato di Diritto Penale Italiano*, ed. UTET, Turim, 1961, vol. I, p. 7 e s.

24. Altavilla, “Arturo Rocco Scrittore e Legislatore nel Giudizio di un Positivista”, artigo divulgado na coletânea *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milão, 1952, p. 6.

25. Exposição de Motivos, n.º 7, *Projeto do Código Criminal Brasileiro*, E.G. RT, SP, 1938, p. 25.

trinta anos no máximo; b) *detenção*, de seis dias no mínimo e três anos no máximo; c) *segregação*,²⁶ por igual tempo, das penas privativas de liberdade; d) *multa* (arts. 30 a 42).

Relativamente às penas privativas de liberdade, o anteprojeto se desviou do projeto Sá Pereira, que, ao discipliná-las, estabelecia regras de execução, "o que se nos afigura matéria do código penitenciário. Indicam-se atributos que caracterizam a reclusão e a detenção, e nada mais".²⁷

Também neste passo o anteprojeto acompanhou o *Codice Rocco* - que lhe serviu de permanente fonte - e a tendência geral dos novos códigos surgidos com as reformas das primeiras décadas do século XX. Sustentava-se a existência de uma *autonomia* entre os momentos de aplicação e de execução da pena.²⁸

A suposição de que os problemas inerentes à correta execução das penas privativas de liberdade poderiam ser atendidos por um *direito administrativo de execução* gerou a tese da "autonomia" desse ramo jurídico.²⁹

26. A *segregação* era uma medida substitutiva aplicável aos maiores e 18 e menores de 21 anos, aos silvícolas "incompletamente adaptados", aos portadores de grave anomalia psíquica e aos surdos-mudos "incompletamente educados". A *segregação* se executava em seções especiais de instituto de trabalho obrigatório e da casa de custódia e tratamento (art. 32).

27. Cf. a Exposição de Motivos, n.º 7, ob. cit., p. 25.

28. Saltelli e Di Falco: "Il codice se occupa del problema dell'esecuzione amministrativa delle pene, mediante alcune norme fondamentali che devono in un codice essere previste per dare delle sicure direttive dell'organizzazione del diritto penitenziario e dell'amministrazione carceraria" (*Commento Teorico Prático del Nuovo Codice Penale*, Turim, 1931, vol. I, t. II, p. 658).

29. Novelli, "L'Autonomia del Diritto Penitenziario", em *Rivista di Diritto Penitenziario*, 1933, p. 7.

Seguindo outros modelos legislativos além do Código italiano de 1930, o anteprojeto adotou o sistema dualista (penas e medidas de segurança) frente ao entendimento segundo o qual a pena é uma reação contra fatos singulares, avaliados sob o aspecto ético-jurídico segundo a expressão da culpa, enquanto a medida de segurança "consiste numa decisão administrativa, que serve tão-somente para defender a sociedade contra o perigo representado por certas pessoas, em razão de suas condições subjetivas".³⁰

Como efeitos da condenação se previam o registro da sentença, o confisco, a publicação da sentença e a inabilitação (arts. 54 a 65).

No mês de abril de 1940 surgiu uma terceira edição do projeto Alcântara Machado. Uma nova redação foi adotada e reformas foram introduzidas em consequência de opiniões de penalistas, entre eles da Costa e Silva.

10. O Código Penal de 1940

O exame do anteprojeto Alcântara Machado foi deferido a uma Comissão integrada por Nélson Hungria, Vieira Braga, Nancelo de Queiroz e Roberto Lyra, tendo as colaborações de da Costa e Silva e Abgar Renault, este na redação final do projeto.

Os trabalhos de revisão tiveram a duração de dois anos mas não contaram com a intervenção de Alcântara Machado, justamente o autor do projeto, que em artigo sob o título "*Para a História da Reforma Penal Brasileira*" afirmou que só teve conhecimento do projeto da Comissão depois de concluído, por cópia datilografada que lhe enviara o Ministro da Justiça, "desde que efetuara ela suas reuniões a portas e janelas cerradas,

30. Exposição de Motivos, n.º 7, ob. cit., p. 24.

como se o trabalho tendesse, não à repressão, mas à prática de crime".³¹

Na contundente crítica ao trabalho da Comissão Revisora, Alcântara Machado analisa as incorreções de linguagem, a linha política da revisão em face do novo regime, a desumanização do texto primitivo, etc.

Em conferência pronunciada no ano de 1954, Nélson Hungria procurou negar a denúncia, afirmando que "a cada passo, no texto do Projeto convertido no Código, depara-se a marca, o *signal de unha* do emérito e saudoso professor paulista (...). Já disse e repito que é de toda verdadeira a comparação no sentido de que o Projeto Alcântara Machado está para o atual Código Penal como o Projeto Clóvis Beviláqua está para o Código Civil".³²

O Código Penal foi publicado em 31 de dezembro de 1940 (Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940) quando o Congresso Nacional ainda continuava fechado.

A propósito da ideologia do novo diploma, é notória a adesão aos postulados do movimento técnico-jurídico. Manoel Pedro Pimentel, também professor da Faculdade de Direito de São Paulo, salienta que os anteprojetos que modelariam o Código Penal de 1940 foram marcados pelas linhas do tecnicismo jurídico ou pelos postulados do neo-positivismo jurídico, o qual não guardava mais qualquer semelhança com o positivismo naturalista.³³

O desprestígio da criminologia decorreria do antagonismo que lhe passaram a dedicar ilustres penalistas da geração

dos anos 30. O fenômeno, porém, estaria ocorrendo também fora do Brasil, conforme a observação de Roque de Brito Alves: "No mencionado período, a criminologia, sobretudo após a Primeira Guerra Mundial, voltou-se, decisivamente, para os laboratórios, penitenciárias, centros médicos psiquiátricos, afastando-se das elocubrações dos gabinetes ou das polêmicas dos congressos".³⁴

Aludindo também à *oposição funesta* que se mantinha entre a criminologia e o direito penal, Maurach analisou a reformulação do sistema penal da Alemanha (projeto de 1960) destacando a importância e a necessidade das investigações criminológicas.³⁵

Com a autoridade de ter sido o principal redator do Código Penal de 1940, Nélson Hungria declarou em várias oportunidades a marginalização da criminologia "em face de uma legislação nova que mandou para o limbo as denominadas ciências criminológicas".³⁶

Em vários trechos do Código Penal se percebe o hermetismo em que se radica, opondo-se fortemente às contribuições da criminologia e da vitimologia e outras disciplinas. No tratamento das causas de exclusão de culpabilidade existem marcantes exemplos desta orientação que conduz à responsabilidade objetiva (doença mental, distúrbio de consciência, embriaguez, paixão, emoção, erro etc.).

Durante todo o tempo de fastígio das idéias fundantes do diploma brasileiro de

34. *Estudos de Criminologia*, Recife, 1956, p. 20.

35. "Os Caminhos do Direito Penal Alemão ao Projeto de 1960", artigo publicado nos *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nélson Hungria*, ed. Forense, RJ, 1962, ps. 97-98, trad. de Heleno Fragoso.

36. "Introdução à Ciência Penal", em *Novas Questões Jurídico-Penais*, Rio de Janeiro, 1945, p. 15. No mesmo rumo a conferência "O Código Penal e as Novas Teorias Criminológicas", em *Novas Questões*, cit., p. 49 e s.

31. O artigo foi divulgado na revista *Di-reito*, Rio de Janeiro, vol. VIII, p. 9 e seg., e parcialmente reproduzido por Galdino Siqueira, ob. cit., ps. 81-82, nota n.º 53.

32. "A autoria intelectual do Código Penal de 1940", em *Comentários ao Código Penal*, ed. Forense, RJ, 1958, vol. I, t. I, ps. 209-210.

33. Ob. cit., p. 41.

1940, a criminologia “caiu em desgraça” na órbita jurídica. Como foi muito bem lembrado, a referida matéria “homiziou-se nas Faculdades de Medicina, nos laboratórios, nos manicômios, nas penitenciárias, usando muito raramente e com muita cautela o seu nome de batismo como ciência, preferindo aparecer de quando em quando, discretamente, nas aulas de medicina legal ou nos pretórios, para auxiliar no esclarecimento de alguns casos de homicídio”.³⁷

O radicalismo do legislador de 1940 não encontrou nem mesmo aquela “possibilità di un punto d'incontro” a que alude Nuvolone quando se refere às “direttrici convergenti: da un lato, impostare criticamente, e quindi senza preconcetti, il problema delle ‘costanti’ criminologiche; dall’altro riconoscere che la scienza del diritto penale non è, se non subordinatamente, esegesi e dogmatica della legge positiva, ma è anzitutto scienza di costruzione delle norme e, como tale, deve fare necessario riferimento al mondo della natura”.³⁸

Até o final dos anos 70, as ciências auxiliares do direito penal sofreram a marginalização total que as afastou dos *currículos* dos cursos jurídicos. Criminologia, vitimologia, política criminal, antropologia, sociologia, psicologia, penologia, e demais ciências do Homem, não tiveram ingresso nas especulações abstratas de um método asfixiado pelo dogmatismo dos *conceitos puros* e pela alienação da realidade humana e social que é, ao mesmo tempo, a vida e a arte das ciências penais.

11. O elenco geral das penas

A reclusão (cominada no máximo em trinta anos) e a detenção (cominada no

máximo em três anos) constituíam as espécies da pena privativa de liberdade instituídas pelo Código Penal de 1940, reservada a prisão simples para a Lei das Contravenções Penais (Decretos-leis 2.848, de 7.12.1940, e 3.688, de 3.10.1941). A multa completava o elenco das sanções *principais* (arts. 28 e 6.º). As penas *accessórias* previstas no Código Penal eram: a) perda de função pública; b) interdições de direitos; c) publicação da sentença, enquanto que para as contravenções as penas *accessórias* são: a) publicação da sentença; b) interdições de direitos (arts. 67 e 12).

O exame dos textos legislativos de natureza complementar revelava que a perda da liberdade física era a sanção *par excellence*, um verdadeiro monocórdio a interpretar a sinfonia do bem e do mal. Mais de 170 hipóteses de ilícitos descritos no Código Penal eram punidas com a detenção, enquanto que em mais de 130 casos se aplicava a reclusão. Não havia alternativas dentro ou fora da pena de prisão e apenas em casos raros a multa poderia substituir a privação da liberdade.

Muito embora no texto do Código se procurasse estabelecer diferença no processo de execução entre a reclusão e a detenção (arts. 29 a 31), na verdade não se cumpriam as regras para um tratamento diferenciado. Em consequência de tal fenômeno, cresceram as adesões à chamada *pena unitária* sob a denominação exclusiva de *prisão*.

A importante matéria referente ao cumprimento das penas de prisão, especialmente quanto à legalidade, humanidade, personalidade e outros princípios relevantes, foi descurada pelo legislador de 1940, com sacrifício da perspectiva de ressocialização do delinquente e do processo de integração que ele deve manter com a sociedade.

Com muita propriedade, Calviess demonstra que tanto o direito penal quanto o direito positivo em geral constituem

37. Manoel Pedro Pimentel, ob. cit., p. 42.

38. “Diritto Penale e Criminologia”, em *Trent'anni di Diritto e Procedura Penale*, Pádua, 1969, vol. I, ps. 240-241.

a estrutura dialogal de sistemas sociais e, por via de consequência, a pena deve ser concebida como um *processo de diálogo*.³⁹

12. O elenco geral das medidas de segurança

Na abertura de seus iluminados *Comentários* ao Título reservado às medidas de segurança (Tit. VI, Caps. I e II), Néelson Hungria salienta: "Ajustando-se à moderna política criminal, o nosso Código coloca ao lado da *pena*, como seu substitutivo ou complemento, a *medida de segurança*. Se a pena é essencialmente *repressiva* (devendo ser aplicada e sentida, primacialmente, como *castigo* ou *expição*), a medida de segurança é essencialmente *preventiva* (segregação hospitalar, assistência, tratamento, custódia, reeducação e vigilância). A pena continua tendo como fundamento a *culpabilidade* (que pressupõe a responsabilidade psíquica ou capacidade de direito penal), enquanto a medida de segurança assenta, exclusivamente, na *periculosidade* (estado subjetivo, mais ou menos duradouro, de anti-sociabilidade), que, em princípio, nada tem a ver com a culpabilidade (ou com a sua pré-condição de capacidade jurídico-penal).⁴⁰

Segundo o art. 88 do Código Penal de 1940, em sua redação original, as medidas de segurança dividiam-se em *patrimoniais* e *pessoais*. A interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação e o confisco eram medidas da primeira espécie; as da segunda espécie subdividiam-se em detentivas e não detentivas (art. 88). As medidas detentivas eram: *a*) internação em manicômio judiciário; *b*) internação em casa de custódia

e tratamento; *c*) a internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional. As medidas não detentivas eram: *a*) a liberdade vigiada; *b*) a proibição de frequentar determinados lugares; *c*) o exílio local (art. 88, §§ 1.º e 2.º).

A distribuição legal dos *tipos de autor* e das medidas correspondentes, era complicada, como se poderá verificar. Assim: *a*) o inimputável, nos termos do art. 22 (atual art. 26), deveria ser internado em *manicômio judiciário*; *b*) o semi-imputável (parág. ún. do art. 22, que corresponde hoje ao parág. ún. do art. 26) deveria ser internado em *casa de custódia e tratamento*, obedecidos alguns requisitos, como a quantidade da pena e o estado de embriaguez na prática do fato, se habitual a embriaguez; *c*) o condenado por crime doloso, se fosse reincidente; o condenado à reclusão por mais de cinco anos e o condenado à pena privativa de liberdade, se o crime se relacionasse com a ociosidade, a vadiagem e a prostituição, deveriam ser confinados em *colônia agrícola* ou *instituto de trabalho*, de *reeducação* ou de *ensino profissional*, por períodos mínimos de dois anos, quanto ao primeiro, e um ano, os demais (arts. 91 a 93).

O sistema legal vigente adotava o critério chamado *duplo binário*, consistente na imposição sucessiva de pena e mais a medida de segurança para o condenado presumidamente perigoso.

Em outra oportunidade salientei que a classificação das medidas de segurança, adotada pelo Código Penal de 1940, em sua versão primitiva, jamais foi comprovadamente apropriada e não revelou, ao longo da vigência do diploma, bons resultados práticos, apesar da minuciosa especificação legal.⁴¹

39. Cit. por Santiago Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1975, p. 86.

40. *Comentários*, cit., 1959, vol. III, ps. 9 e 10 (Grifos do original).

41. "Penas e medidas de segurança no anteprojeto de Código Penal", em *Revista Forense*, vol. 280, p. 60.