

10 — ANTIGUIDADES DE DIREITO CRIMINAL

HISTÓRIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA (II)

A reforma do CP 1940 (de 1942 a 1984)

RENÉ ARIEL DOTTI

Introdução

1. O presente trabalho completa a trilogia de alguns registros essenciais sobre a história da legislação penal brasileira. Os dois anteriores, "*Um pouco da história luso-brasileira*" e "*Períodos Republicanos*", editados nos números 10 e 12 desta *Revista*, procuram oferecer uma visão geral da legislação portuguesa imposta pelos colonizadores, dos movimentos de mudança e dos projetos de lei em que iriam se converter os diplomas de 1830, 1890 e 1940, respectivamente, Código Criminal do Império (Lei de 16.12.1830); Código Penal da 1ª República (Dec. 847, de 11.10.1890), o chamado *Código Republicano*, e o Código Penal de 1940 (Dec.-lei 2.848, de 7.12.1940).

2. O texto ora divulgado trata da reforma textual do Código Penal de 1940, que se operou em três frentes: a) a revogação e a alteração de dispositivos isolados; b) a alteração setorial; c) os projetos e as leis de alteração global.

Estão excluídas de comentários as leis especiais que disciplinaram autonomamente fatos não criminalizados pelo Código Penal de 1940 ou que o fizeram de modo incidental ou incompleto. Tais diplomas encontram-se em vigor e por isso mesmo não podem ser objeto da coluna que trata de *Antiguidades*. Como exemplos, podem ser citados: Dec.-lei

7.661, de 21 de junho de 1945 (Lei de falências); Dec.-lei 7.903, de 27 de agosto de 1945 (Código de Propriedade Industrial); Lei 1.079, de 10 de abril de 1950 (define os crimes de responsabilidade); Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (crimes contra a economia popular); Lei 1.579, de 18 de março de 1952 (crimes praticados em Comissão Parlamentar de Inquérito); Lei 2.252, de 1.º de julho de 1954 (corrupção de menor); Lei 2.889, de 1.º de outubro de 1956 (define e pune o crime de genocídio); Lei 3.924, de 26 de julho de 1961 (dispondo sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos); Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962 (institui o Código Brasileiro de Telecomunicações), entre outros que vêm sendo editados até a presente década.

Também se excluiu do levantamento ora divulgado, a etapa dos trabalhos preparatórios da Lei 7.209, de 11 de julho de 1984 (anteprojeto de 1981 e Proj.-lei 1.655, de 1983), que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal.

3. Existem peculiaridades no processo cultural brasileiro, relativamente ao quadro das reformas legislativas, abrangendo os campos de Direito Penal e Direito Processual Penal. Um traço marcante desse fenômeno pode ser observado na edição do Dec.-lei 3.200, de 19 de abril de 1941 (durante o período de *vacatio legis* do CP 1940).

Criminalizando conduta de nubentes que pretendiam se habilitar para casamento ou que efetivamente o fizessem, para frustrar os efeitos dos exames médicos desfavoráveis, aquele diploma ameaçava com a pena do art. 237, relativa ao crime de *conhecimento prévio de impedimento*, previsto no Código que entraria em vigor somente em 1.º de janeiro de 1942.

Por outro lado, o Código Penal de 1940 foi publicado duas vezes: em 31 de dezembro daquele ano e em 3 de janeiro de 1941. E, em ambas, o parágrafo único do art. 234 saiu como sendo o § 1.º.

A reforma em dispositivos isolados

A. Proibição do sursis para estrangeiros

4. O Dec.-lei 4.865, de 23 de outubro de 1942, proibia a suspensão condicional da pena imposta aos estrangeiros que se encontrassem no País em caráter temporário.

Várias decisões orientavam-se no sentido da eficácia da regra de proibição, mesmo após a Carta Política de 18 de setembro de 1946, que declarou a igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes no País (art. 141), como se poderá verificar pelo aresto da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de 31 de agosto de 1978 (RT 524/432). Porém, com o advento do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815, de 19.8.1980), a norma discriminatória foi tida como revogada, em face da matéria dos direitos e deveres do estrangeiro ter sido integralmente reformulada pelo Estatuto.¹

1. Cf. decisão unânime de 29.11.1985, da 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. min. Francisco Rezek (RTJ 117/1.032).

B. Vigilância do liberado condicional

5. A Lei 1.431, de 12 de setembro de 1951, deu nova redação ao art. 63 do CP 1940 para determinar que o liberado condicional, onde não existisse patronato oficial, dirigido ou inspecionado pelo Conselho Penitenciário, ficasse sob a vigilância da autoridade policial.

C. Diminuição penal para a receptação dolosa

6. A Lei 2.505, de 11 de junho de 1955, modificou a pena cominada para a receptação dolosa (CP art. 180). Na redação original, a reclusão era de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. Foi mantida a quantidade da sanção pecuniária, ajustando-se o padrão monetário.

D. Hipóteses de qualificação do dano

7. A Lei 5.346, de 3 de novembro de 1967, ampliou a redação do inciso III do art. 163. O texto original previa a qualificação do dano quando o crime fosse praticado contra o patrimônio da União, de Estado ou de Município. Com a descentralização dos serviços públicos, promovida pela grande reforma administrativa editada com o Dec.-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, o dano também passou a ser qualificado quando cometido contra o patrimônio de empresa concessionária de serviços públicos ou de sociedade de economia mista.

E. Ampliação das hipóteses de reabilitação

8. Com a reforma introduzida pela Lei 5.467, de 5 de julho de 1968, a reabilitação passou a alcançar quaisquer penas impostas por sentença definitiva e poderia ser requerida decorridos 5 (cinco) anos do dia em que fosse extinta, de qualquer modo, a pena princi-

pal ou em que terminasse a sua execução e, ainda, do dia em que terminasse o prazo da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, atendidos outros requisitos: domicílio no País, no prazo indicado; demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado; e ressarcimento do dano, salvo a absoluta impossibilidade de fazê-lo, até o dia do pedido ou mediante a exibição de documento comprovando a renúncia da vítima ou a novação da dívida.

9. No texto original do CP 1940, a reabilitação limitava-se a extinguir a pena de interdição de direitos e somente poderia ser concedida após o decurso de quatro anos, contados do dia em que terminasse a execução da pena principal ou da medida de segurança detentiva, além do preenchimento de outros requisitos: bom comportamento e ressarcimento do dano, se possível fazê-lo. Se o condenado fosse reincidente, o prazo mínimo para pleitear a reabilitação era fixado em 8 (oito) anos.

F. Maior rigor na criminalidade de tóxicos

10. A Lei 4.451, de 4 de novembro de 1964, e o Dec.-lei 385, de 26 de dezembro de 1968, modificaram a redação do art. 281 do Código Penal, para sancionar mais gravemente o comércio, a posse ou a facilitação do uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica. A Lei 4.451/64 criminalizou o plantio de substância entorpecente enquanto o Dec.-lei 385/68 previu as condutas de fazer ou manter o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica. E, inovando completamente em termos de Política Criminal, esse último diploma puniu a ação de trazer consigo, para uso pró-

prio, a substância acima referida. As penas eram extremamente severas e características do regime de opressão da época: reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos e multa de 10 (dez) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo da região. Posteriormente, a Lei 5.726, de 29 de outubro de 1971, regulou inteiramente a matéria, estabelecendo normas de caráter preventivo e repressivo e deu nova redação ao art. 281 do Código Penal, acrescentando-lhe parágrafos. A conduta de trazer consigo a substância, para uso próprio, era punida com a reclusão de 1 (um) a 6 (seis) anos, mais a multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País (CP, art. 281, § 1.º, III). Este último diploma antecedeu a Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, atualmente em vigor.

G. Crimes contra a assistência familiar

11. A Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, ampliou as hipóteses típicas do crime de abandono material (CP, art. 244), para incluir a falta de pagamento de pensão alimentícia judicialmente *acordada* ou *majorada*. O dispositivo revogado somente aludia à “pensão alimentícia judicialmente *fixada*” e cominava penas menores (detenção de três meses a um ano), ou multa, conforme o padrão monetário da época de aplicação da pena. A mesma Lei 5.478/68 instituiu o atual parágrafo único do art. 244 do Código Penal.

12. A Lei 7.251, de 19 de novembro de 1984, alterou o tipo do art. 245 do Código Penal, assim redigido originalmente: “Entregar filho menor de 18 anos a pessoa, com a qual saiba ou deva saber que fica moral ou materialmente em perigo.” A pena era a detenção de um a seis meses. Esse mesmo diploma instituiu os atuais parágrafos 1.º e 2.º do art. 245.

H. Crimes contra a Administração Pública

13. A Lei 6.799, de 23 de junho de 1980, acresceu ao art. 327 um parágrafo (que passou a ser o § 2.º). O dispositivo inovador impõe o aumento de terça parte da pena quando os ocupantes dos crimes previstos entre os arts. 312 a 326 forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

I. Crimes contra a propriedade intelectual

14. A Lei 6.895, de 17 de dezembro de 1980, deu nova redação ao tipo de ilícito previsto no art. 184 do Código Penal e ampliou as hipóteses em que a ação penal é de natureza pública (art. 186).

O revogado *caput* do art. 184 assim dispunha: "Violar direito de autor de obra literária, científica ou artística". A redação em vigor ("Violar direito autoral") é muito mais adequada, posto abranger uma vasta gama de obras que, rigorosamente, poderiam não ser classificadas entre as três espécies acima referidas. Como exemplos, podem ser referidas as obras técnicas e tecnológicas.

15. Relativamente aos crimes contra a propriedade intelectual, a ação penal é privada, salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público, e, ainda, nos casos previstos nos §§ 1.º e 2.º do art. 184 do Código Penal. O dispositivo revogado aludia apenas à entidade de direito público.²

2. A Lei 8.635, de 16.3.1993, substituiu o parág. ún. do art. 184 e criou três outros para ampliar as hipóteses típicas de violação de

J. Crime contra o estado de filiação

16. A Lei 6.898, de 30 de março de 1981, previu a conduta de "registrar como seu filho de outrem", inserindo-a no *caput* do art. 242 do Código Penal, e instituiu o perdão judicial para a hipótese do crime ser praticado por motivo de reconhecida nobreza (parágrafo único).

A reforma setorial

A. O Projeto n.º 2/77

17. Uma grande modificação no sistema do Código Penal ocorreu através da Lei 6.417, de 24 de maio de 1977. As linhas de Política Criminal e de Filosofia Penal daquele diploma foram claramente identificadas não somente pelas novas regras propostas, como também pela exposição de motivos que as apresentou.

Aquela reforma operou-se ao tempo em que foi Ministro da Justiça o Doutor Armando Falcão. A Comissão redatora do projeto foi coordenada pelo Subprocurador da República, Francisco de Assis Toledo e contou com a colaboração da professora Arminda Bergamini Miotto. A oportunidade de reconstituição merece alguns destaques.

A.1. O esvaziamento dos cárceres

18. O Proj.-lei 2, de 1977,³ que se converteu na Lei 6.416/77, procurava ajustar algumas normas dos Códigos

direito autoral e para determinar que o juiz, na sentença condenatória, ordene a destruição do produto ou da reprodução criminosa.

3. *Diário do Congresso Nacional*, 12-3-1977, pp. 196 e ss. O texto da Exposição de Motivos, constante da Mensagem ao Congresso Nacional nº 37, de 1977 (Mensagem n.º 52/77, na origem), foi também publicado em *Código Penal e legislação complementar*, de René Ariel Dotti, Ed. Forense, RJ, 1988, p. 179 e s.

Penal e de Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais, a fim de adequar estes importantes diplomas à realidade social dos anos 60 e 70.

A Exposição de Motivos que introduzia o projeto, salientava que um dos graves problemas determinantes do pensamento de reforma se devia à superlotação dos estabelecimentos prisionais gerando, além da situação de promiscuidade, o “acúmulo de tensões, principalmente nas prisões obsoletas de grande porte. Os órgãos da administração penitenciária têm conseguido, a muito custo, conter a situação, em atmosfera de apreensão constante, que cria problemas de toda espécie para os que lidam com a justiça penal”.⁴

19. Sob outro ângulo, o aumento dos índices de criminalidade em larga escala preocupava extraordinariamente os poderes públicos, diante da constatação de que um grande número de condenados ou acusados sujeitos à prisão provisória e medidas de internamento não estavam recolhidos, por falta de capacidade dos estabelecimentos penais.

Uma idéia inicial propunha a solução através do aumento do número e da capacidade dos diversos estabelecimentos penais. A fórmula, no entanto, apenas iria prorrogar a situação de incerteza, posto que o aumento dos índices de criminalidade tornaria inócua qualquer reforma assentada exclusivamente no plano material.

20. O Proj.-lei n.º 2/77 reconheceu a moderna tendência em se reservar a privação da liberdade somente para os agentes de crimes mais graves e para as categorias de sujeitos que revelam especiais características de periculosidade. Mas, não propôs um novo sistema de penas porque, para tanto, seria pre-

ciso alterar profundamente a Parte Especial do Código Penal.

Conforme, ainda, a Exposição de Motivos, o Proj.-lei n.º 2/77 revelou a finalidade de buscar eficiente solução, a curto prazo, para as mais agudas dificuldades no campo de execução penal, razão pela qual “com a preocupação de resolver o problema da superlotação das prisões, *sem contudo deixar os delinquentes impunes*”,⁵ enfatizava a necessidade de enfrentar as situações mais críticas e urgentes.

A.2. Outros aspectos do Projeto n.º 2/77

21. Em suas linhas mestras tanto o projeto como a maioria das emendas apresentadas⁶ harmonizavam-se quanto aos aspectos fundamentais para a boa disciplina dos sentenciados como pontos básicos para a individualização; a disciplina do trabalho e sua remuneração (com especificação dos fins); a aferição mais realística da periculosidade e o melhor flexionamento dos institutos do *sursis* e do livramento condicional.

A.3. O sistema vicariante

22. A emenda n.º 24 apresentada pela Associação dos Advogados de São Paulo, reduzindo as hipóteses de presunção normativa de periculosidade, procurava viabilizar outra tendência doutrinária de caráter acentuado, ao insistir na tese de que as presunções normativas de periculosidade deveriam ser reduzidas, quando não extintas. Como

5. Parágrafo n.º 8, em René Ariel Dotti, ob. cit., p. 180 e *Diário do Congresso Nacional*, cit., p. 195.

6. Entre elas, as elaboradas por comissão instituída pela Associação dos Advogados de São Paulo e publicadas no *Diário do Congresso Nacional*, de 25-3-1977, pp. 371 e s. Presidida por Miguel Reale Junior, a comissão foi também integrada por Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos De Moraes Pitombo, Rogério Lázaria Tucci e René Ariel Dotti.

4. Parágrafo n.º 2, Em René Ariel Dotti, *Código Penal*, cit., p. 179 e *Diário do Congresso Nacional*, 12-3-1977, pág. 194.

subsídio àquela posição destacava-se a doutrina de Heleno Cláudio Fragoso ao proclamar como correta a solução do Anteprojeto Hungria em eliminar o sistema do duplo binário que, no entender de Fragoso, estava “em franco declínio por toda parte. No Brasil, afora uma ou outra malograda experiência, ele realmente não chegou a ser posto em prática. Nas últimas edições de seu compêndio, Mezger nos fala, a propósito, na crise do duplo binário”.

A.4. O sistema do duplo binário

23. A impossibilidade em se instituir um sistema vicariante puro foi reconhecida em alguns modelos penais da atualidade, como o Código Penal da Alemanha ocidental (1975), que através dos artigos 65 e seguintes prevê, além da pena privativa de liberdade, a medida de segurança de internação em estabelecimento de terapêutica social (art. 65).

B. A Lei 6.416, de 24 de maio de 1977

B.1. As penas privativas de liberdade

24. A Lei 6.416/77 alterou profundamente o sistema das penas (Tit. V), dando nova redação ao *caput* do art. 30 do Código Penal, alterando os parágrafos existentes e criando outros. Devem ser destacados os seguintes aspectos: a) a supressão do isolamento celular contínuo; b) a instituição dos regimes de execução (fechado, semi-aberto e aberto), adotando-se como referências a quantidade da pena e a não periculosidade do condenado; c) a institucionalização da prisão-albergue, como espécie do regime aberto; d) a regulação do trabalho externo para os condenados em qualquer regime; e) a distribuição dos frutos do trabalho (indenização dos danos causados pelo crime, assistência à família, despesas pessoais e formação de pecúlio); f) a previsão genérica de “concessões” (trabalho externo, frequência a cursos fora do estabelecimento,

licença para visitar a família), a serem regulamentadas por lei local ou, à sua falta, por provimento do Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente e g) a extensão ao detento, dos direitos e das “concessões”, previstas para o condenado à pena de reclusão.

B.2. A pena de multa

25. A Lei 6.416/77, pelo seu art. 4.º, mandou reajustar para o padrão *cruzeiro* (vigente ao tempo), na proporção de 1:2.000 (um por dois mil), os valores monetários previstos no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei das Contravenções Penais.

B.3. A reincidência

26. Foi eliminada a diferença entre reincidência *genérica* e reincidência *específica*, como causa de agravação da pena. Segundo a redação original do Código Penal, a reincidência era *genérica*, quando os crimes eram de natureza diversa, e *específica*, quando os crimes eram da mesma natureza. Consideravam-se da mesma natureza os crimes previstos no mesmo dispositivo legal, bem como os que, embora previstos em dispositivos diversos, apresentavam, pelos fatos constitutivos ou pelos motivos determinantes, caracteres comuns (art. 46, §§ 1.º e 2.º).

27. Estabeleceu-se a *temporiedade da reincidência*, com a seguinte regra: “Para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos” (parágrafo único do art. 46).

B.4. A suspensão condicional da pena

28. Ampliou-se a possibilidade do *sursis* também para os condenados à pena de reclusão. Anteriormente à Lei 6.416/77, a suspensão condicional da pena somente era possível ao condenado à detenção e, excepcionalmente, ao

sentenciado à pena de reclusão, desde que fosse menor de 21 anos ou maior de 70 anos. A redação adotada foi a seguinte: "Art. 57. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, pode ser suspensa, por dois a seis anos, desde que: I - o sentenciado não haja sofrido, no País ou no estrangeiro, condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa da liberdade, salvo o disposto no parágrafo único do art. 46;⁷ II - os antecedentes e a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime, autorizem a presunção de que não tornará a delinquir."

B.5. O livramento condicional

29. O livramento condicional passou a ser admitido ao condenado à pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos. Anteriormente, o *caput* do art. 60 previa o livramento somente se a pena de reclusão ou detenção fosse superior a 3 (três) anos. Aquela regra estabelecia um hiato, dentro do qual não era possível nem o *sursis* e nem o livramento condicional, quando a condenação fosse superior a 2 (dois) anos e igual ou inferior a 3 (três) anos. Diante daquele *vazio*, não era inusitada e nem exótica a ação de revisão, na qual o condenado à pena de 3 (três) anos, por exemplo, requeria o seu aumento para, com isso, poder pleitear o livramento condicional.

B.6. As penas acessórias

30. Relativamente às penas acessórias, a Lei 6.416/77 deu nova redação ao inciso V do parágrafo único do art. 69 do Código Penal, para declarar que incorreria na interdição referente à suspensão dos direitos políticos, o condenado à pena privativa de liberdade, "enquanto durarem os efeitos da condenação".

7. O art. 46 e parágrafo único, tratam da reincidência e de sua temporariedade.

B.7. Verificação de periculosidade

31. Embora mantendo o sistema do *duplo binário*, a reforma instituída pela Lei 6.416/77 procurou atenuar os males da presunção *real* de periculosidade, ou seja, aquelas hipóteses distintas da presunção *normativa*, prevista pelo art. 78 do Código Penal.⁸ Quando a periculosidade não fosse presumida por lei, isto é, além das hipóteses do art. 78, deveria ser presumido perigoso o agente: I - se os seus antecedentes e personalidade, os motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados e os modos de execução, a intensidade do dolo ou o grau da culpa, autorizassem a suposição de que viesse ou tornasse a delinquir; II - se, na prática do fato, revelasse torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral (art. 77).

32. Com a finalidade de adequar o reconhecimento da periculosidade real às exigências da justiça material, a reforma de 1977 estabeleceu duas regras importantes: a) determinou que competia ao juiz da instrução declarar na sentença a periculosidade do réu, para o efeito de transferência de regime de execução da pena privativa de liberdade; b) previu a existência de um corpo de funcionários para investigar, coletar dados e informações para instruir o requerimento de verificação de periculosidade (§§ 1.º e 2.º do art. 77).

8. "Art. 78. Presumem-se perigosos: I - aqueles que, nos termos do art. 22, (correspondia ao atual art. 26), são isentos de pena; II - os referidos no parágrafo único do art. 22 (correspondia ao parágrafo único do atual art. 26); III - os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez; IV - os reincidentes em crime doloso; V - os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfetores."

B.8. Presunção de periculosidade

33. A presunção de periculosidade não prevaleceria se, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e o crime posterior, tivesse decorrido período de tempo superior a dez anos, no caso dos inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou de cinco anos, nos outros casos. Esta foi a redação dada ao § 1.º do art. 78 do Código Penal.

B.9. Extinção da punibilidade

34. Consagrando legislativamente o enunciado da Súmula n.º 388, do Supremo Tribunal Federal, a reforma de 1977 incluiu mais um inciso ao art. 108 do Código Penal, declarando a extinção da punibilidade pelo casamento da ofendida com terceiro, nos crimes contra os costumes, salvo se cometidos com violência ou grave ameaça e se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias, contados da celebração.

B.10. Novas hipóteses de perdão judicial

35. A pena é dor, aflição e sofrimento. Tais sentimentos foram expressamente reconhecidos como sinônimos da sanção penal com a inserção, na Parte Especial, de mais uma causa extintiva de punibilidade. Declara o § 5.º, do art. 121: "Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária". A mesma causa aplica-se à hipótese de lesão corporal culposa (art. 129, § 8.º).

A reforma global

A. O Anteprojeto Hungria

36. Em 1961, o Ministro da Justiça Pedroso Horta, solicitou a Nélson

Hungria, Hélio Tornaghi e Roberto Lyra a elaboração de anteprojetos de Código Penal, Código de Processo Penal e Código das Execuções Penais, respectivamente. Os textos vieram a lume no ano de 1963. Aqueles documentos sintetizavam as tendências nacionais e internacionais refletidas na teoria e na prática das ciências penais. Compunham, também, parte do legado do efêmero Governo Jânio Quadros, posto que durante a sua gestão aqueles destacados juristas foram convidados para o desafio da reforma global do sistema penal, diante das novas necessidades sociais, econômicas e culturais que emergiram no final da década dos 50.

37. O Anteprojeto de Código Penal continha 391 artigos. A Parte Geral encerrava-se com o art. 116, que tratava da revogação da reabilitação, enquanto a Parte Especial iniciava-se com o art. 117, que dispunha sobre o homicídio simples. Algumas figuras novas, não criminalizadas ou previstas na legislação especial ou tratadas como causas especiais de aumento da pena, foram introduzidas no Anteprojeto, como: a) provocação indireta ao suicídio (art. 120, § 2.º); b) aborto por motivo de honra (art. 124); c) genocídio (art. 128); d) exposição ou abandono de recém-nascido por motivo de honra (art. 135); e) embriaguez ao volante (art. 138); f) perigo resultante de violação de regra de trânsito (art. 139); g) fuga após o acidente de trânsito (art. 140); h) ofensa contra a memória dos mortos (art. 147), ampliando a tutela que o Código Penal restringira à hipótese de calúnia; i) ofensa contra a pessoa jurídica (art. 148), resolvendo, assim, a discussão ainda muito acesa nos tribunais sobre a capacidade passiva das pessoas morais em tema de crimes contra a honra, etc.

O crime de furto era previsto no art. 164 (criminalizava-se o furto de uso, art. 165); o roubo estava no art. 167 e no Capítulo dos crimes contra o

patrimônio estava prevista autonomamente a *chantagem*: “Obter ou tentar obter de alguém, para si ou para outrem, indevida vantagem econômica, mediante a ameaça de revelar fato, cuja divulgação pode lesar gravemente a sua reputação ou de pessoa que lhe seja particularmente cara: Pena - reclusão, de 3 a 10 anos e pagamento de 30 a 80 dias-multa” (art. 171).

O dano era descrito pelo art. 175; a apropriação indébita pelo art. 180; o estelionato pelo art. 183, enquanto os delitos contra a propriedade imaterial retornavam para o Código Penal.

O estupro era tratado pelo art. 236, a sedução pelo art. 240 e o rapto fundamental pelo art. 242.

Entre as hipóteses de ilícito contra a assistência familiar, incluía-se o “abandono de mulher grávida”, através da seguinte norma: “Abandonar, na indigência, ou sem assistência, a mulher que tornou grávida e se acha na impossibilidade de prover a própria subsistência, em razão da gravidez ou do parto: Pena - detenção, até seis meses, ou pagamento de 5 a 15 dias-multa (art. 267).”

No campo dos ilícitos contra a saúde, o comércio, a posse e a facilitação de uso de entorpecentes se mantinham num único artigo (com quatro parágrafos) no

corpo do Código Penal (art. 305) e o tipo do curandeirismo não sofria alteração em confronto com o texto do Código.

O peculato estava no art. 336, (criava-se a figura do peculato de uso); a concussão era prevista pelo art. 342, a corrupção passiva, pelo art. 343; a prevaricação pelo art. 344 e a violação arbitrária pelo art. 349.

Entre os delitos contra a Administração da Justiça se incluía a publicidade opressiva nos seguintes termos: “Fazer, pela imprensa, rádio ou televisão, antes de intercorrência de decisão definitiva em processo penal, comentários tendentes a exercer pressão sobre as declarações das testemunhas ou sobre as decisões das jurisdições de instrução e julgamento: Pena - detenção, até 6 (seis) meses, ou multa de 5 (cinco) a 15 (quinze) dias-multa” (art. 372).

Também no mesmo Capítulo, após a conservação das normas incriminadoras referentes ao patrocínio infiel e ao patrocínio simultâneo ou tergiversação - assim como se contém no texto do Código -, criava-se o tipo designado por “advocacia marrom”: “prestar assistência jurídica a outrem, sem autorização legal e mediante remuneração: pena - detenção, até 3 (três) meses, ou pagamento de 3 (três) a 15 (quinze) dias-multa.” (art. 385).

38. A simples leitura do texto do anteprojeto fornecia uma visão panorâmica das tendências da época em que foi elaborado: a nota marcante da criminalização em lugar da descriminalização, a conservação da estrutura da Parte Geral e da arquitetura de ilícitos da Parte Especial e alguns avanços no terreno das reações penais, com a instituição do estabelecimento penal aberto (art. 37) e a cominação da multa em dias (art. 42 e parágrafo único).

Mantinhm-se no entanto, as disposições (complicadas) a respeito das penas acessórias (art. 78), não obstante a

9. Na Parte Geral estavam cominados os limites penais, da seguinte forma: a) o mínimo da pena de reclusão era de 1 (um) ano e o máximo, de 40 (quarenta) anos; b) o mínimo da pena de detenção era de 15 (quinze) dias, e no máximo de 20 (vinte) anos (art. 35, § 1.º); c) a pena de multa, cominada em dias-multa, tinha o montante de 1 (um) dia-multa, no mínimo, e 300 (trezentos) dias-multa, no máximo (art. 42); d) o “algarismo” do dia-multa era fixado “segundo o prudente arbítrio do juiz devendo este ter em conta as condições pessoais e econômicas do condenado”, não podendo ser inferior ao salário mínimo da região, nem superior a Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros) (art. 42, parágrafo único).

demonstração prática de inconsistência como categoria de características próprias, além da perda de crédito institucional de algumas modalidades, como a publicação da sentença.

39. Não causava estranheza a circunstância do anteprojeto ter sido decaído no Código Penal de 1940, posto ter sido Nelson Hungria o líder e o principal redator deste diploma. Seria compreensível, portanto, que a proposta de reforma não afetasse os pilares sobre os quais se construiu o texto monumental de 1940 e cuja Parte Especial ainda hoje se mantém virtualmente inalterada.

É preciso, ainda, considerar que somente a partir da metade dos anos 60, e durante a década seguinte, é que se operaram as grandes transformações na prática penal e penitenciária e nos estilos sociais e econômicos de modo a gerar dois fenômenos marcantes: a) liberalização de meios e métodos tendentes a desoprimir o sistema fundado na execução contínua da prisão fechada e abrir a experiência da prisão-albergue, das autorizações de saída e das transferências de regime; b) a adoção de alternativas à prisão, ampliando os casos de suspensão condicional da pena e de livramento condicional.

40. Em São Paulo, por iniciativa do Instituto Latino-americano de Criminologia, sob a direção de Francisco Bueno Torres, e da Secretaria de Estado da Justiça, tendo à frente o Professor Miguel Reale, promoveu-se um grande ciclo de conferências sobre o anteprojeto. O evento teve por cenário a Sala João Mendes, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e a duração de vários meses (3.9.1963 à 26.2.1964). Renomados mestres de Direito Penal, de Direito Processual Penal e de outras ciências da conduta deram a sua contribuição crítica ao anteprojeto: Américo Marco Antonio ("Causas de exclusão de criminalidade no anteprojeto do Código Penal"); J.A. Cesar Salgado ("As penas

no anteprojeto Nelson Hungria"); Edgard Magalhães Noronha ("Crimes contra o patrimônio"); Raul Afonso Nogueira Chaves ("Crimes contra a fé pública"); Hélio Gomes ("A Medicina Legal em face do anteprojeto Nelson Hungria"); Basileu Garcia ("As penas e sua aplicação no anteprojeto"); Heleno Cláudio Fragoso ("Da responsabilidade penal no anteprojeto"); José Frederico Marques ("Da causalidade penal no anteprojeto"); Theodolindo Castiglione ("Circunstâncias atenuantes e agravantes"); José Luiz de Anhaia Mello ("A Constituição e o anteprojeto Nelson Hungria"); Flaminio Fávero ("Dos crimes contra a saúde pública"); Paulo José da Costa Junior ("Do concurso de crimes em face do anteprojeto do Código Penal"); Rui Junqueira de Freitas Camargo ("Dos crimes contra a propriedade imaterial"); Euclides Custódio da Silveira ("Dos crimes contra a vida no anteprojeto do Código Penal"); Alcides Munhoz Netto ("Erro de fato e erro de direito no anteprojeto do Código Penal"); Onésimo Silveira ("Do concurso de agentes, em face do anteprojeto do Código Penal"); Leonídio Ribeiro ("Papel do Médico-Legista na reforma do Código Penal"); Everardo da Cunha Luna ("A causalidade na omissão, no anteprojeto do Código Penal"); Odon Ramos Maranhão ("Das medidas de segurança e periculosidade"); Hélio Helene ("Direito Penal e direito disciplinar, suas diferenças e atinências"); Noé Azevedo ("Da ultratividade das leis excepcionais ou temporais"); Joaquim Canuto Mendes de Almeida ("Da ação penal"); João Carlos da Silva Telles ("Do livramento condicional"); Theophilo Arthur de Siqueira Cavalcanti Filho ("Os crimes contra a liberdade de imprensa"); Mario de Moura e Albuquerque ("Da reincidência no anteprojeto Hungria").¹⁰ O

10. Os trabalhos estão publicados em *"Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto*

ciclo encerrou-se com a conferência de Nélson Hungria ("Respostas às objeções ao anteprojeto").¹¹

41. O Anteprojeto Hungria foi integralmente publicado nos volumes 1 (abril e junho) e 2 (julho e setembro) do ano de 1963, na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, que ingressava em sua nova fase graças à liderança intelectual de Heleno Fragoso e ao valioso apoio da Universidade do Estado da Guanabara.¹² A *Revista* passou a ser o órgão oficial do Instituto de Criminologia da Universidade do referido Estado.

Heleno Fragoso foi o secretário da *Revista* em seu novo período de existência e o grande animador cultural. Não somente atuava nas funções de secretário. Era, também, o diretor de fato, minucioso como organizador paciente das colaborações.

42. No segundo número da *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* (julho-setembro de 1963), Heleno Fragoso dava à estampa os seus primeiros comentários críticos ao Anteprojeto Hungria.

Sob o título "A reforma da Legislação Penal", Fragoso saudava o aparecimento do anteprojeto como "o início de nova etapa no desenvolvimento do direito penal brasileiro. É obra da maior categoria, confirmando a posição destacada que o grande mestre ocupa hoje na ciência do Direito Penal".

Ao admitir que o trabalho foi elaborado em prazo exíguo, Heleno Fragoso

reconhecia no anteprojeto a base ideal para os estudos da reforma e a demonstração da inegável experiência de Nélson Hungria na feitura de leis e na surpreendente evolução de seu espírito "sempre em dia com as mais recentes contribuições ordinárias".

As observações feitas por Heleno Fragoso em atendimento à convocação da Ordem dos Advogados do Brasil, dedicaram-se, naquela primeira etapa, aos temas seguintes: Aplicação da lei penal, concurso aparente de normas, lugar do crime, relação de causalidade, tentativa, culpabilidade (eliminação da responsabilidade objetiva e erro); estado de necessidade; responsabilidade penal; emoção, paixão e embriaguez; concurso de agentes; o sistema de penas; o sistema do duplo binário (o anteprojeto abolia a imposição sucessiva de pena e medida de segurança); penas privativas de liberdade; regime penitenciário; prisões abertas; pena de multa e aplicação da pena.

43. Numa segunda etapa (*Revista*, n.º 3, outubro-dezembro de 1963), Heleno Fragoso abordou estes aspectos: criminosos habituais e por tendência; concurso de crimes; crime continuado; suspensão condicional; vigilância do liberado; revogação do livramento; penas acessórias; medidas de segurança; ação penal; perdão judicial; prescrição e reabilitação.

As observações sobre os crimes em espécie restringiram-se aos delitos contra a pessoa.

As polêmicas em torno de algumas propostas constantes do anteprojeto envolveram intensamente os especialistas da matéria, merecendo leitura os magníficos artigos de Nélson Hungria ("Em torno ao Anteprojeto do Código Penal"), editados nos números 3 e 4 da *Revista* nos quais o pranteado mestre revelava o seu imenso talento e a inesgotável fonte de conhecimentos teóricos e práticos sobre a ciência a que

do Código Penal Brasileiro", edição Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1965.

11. Ob. cit., p. 462 e s.

12. Com a transferência da Capital Federal para Brasília (21.04.1960), o então Distrito Federal, constituído pela cidade do Rio de Janeiro, transforma-se em Estado da Guanabara. Tal situação permaneceu até 1975 quando ocorreu a fusão entre os Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro, sob a denominação de Rio de Janeiro.

tanto iluminou a partir do final dos anos 30 e que ainda dignifica com seus textos imorredouros.

B. O Código Penal de 1969

44. O Anteprojeto Hungria, após a sua primeira publicação oficial em 1963,¹³ foi objeto de análise por comissões instituídas no âmbito do Ministério da Justiça. A primeira delas, integrada por Nélson Hungria, Hélio Tornaghi e Roberto Lyra iniciou seus trabalhos em janeiro de 1964. Em face dos acontecimentos políticos determinados pelo movimento militar, de 1.º de abril de 1964, os trabalhos daquela primitiva comissão foram gravemente prejudicados. Em carta dirigida ao Ministro da Justiça, Milton Campos, em 17 de junho daquele ano, o mestre Roberto Lyra renunciou aos cargos de presidente da comissão revisora do anteprojeto de Código Penal e de membro da comissão revisora do anteprojeto de Código de Processo Penal. Vale transcrever um eloquente trecho daquela histórica correspondência: "Li, com o respeito de sempre, a entrevista em que Vossa Excelência aludiu a remessa dos referidos anteprojetos, depois de revistos ao Congresso Nacional. *Estou convencido de que uma obra de tanta magnitude científica e de tanta delicadeza técnica não deve sobrecarregar e desviar nesta hora, um Parlamento ressentido e emprazado. Em relação ao meu anteprojeto de Código das Execuções Penais, que é uma tentativa de criação e avanço, dirijo a Vossa Excelência emocionado apêlo no sentido de deixar sua revisão e seu encaminhamento para oportunidade mais propícia à reflexão*".¹⁴

45. A primitiva comissão revisora foi dissolvida em 9 de fevereiro de 1965

e outra foi designada pelo Ministro Milton Campos, composta por Nélson Hungria, Hélio Tornaghi, Anibal Bruno e Heleno Fragoso. Em artigo-memória desses trabalhos, Heleno Fragoso destaca a sensibilidade e a compreensão reveladas pelo autor do anteprojeto, recolhendo as críticas com humildade e as propostas de revisão de seu texto.¹⁵

Em fins de 1965, a Comissão revisora encerrou a primeira parte de seu trabalho. Ninguém melhor que Heleno Fragoso para narrar as vicissitudes que surgiram: "O projeto revisto deveria ser passado a limpo, distribuindo-se cópias aos membros da Comissão, ficando entre eles acertado que uma segunda leitura do texto revisto deveria realizar-se. Várias questões haviam ficado em aberto, e um estudo comparativo deveria ser feito quanto às penas cominadas, na Parte Especial. Ficamos, assim, os membros da Comissão, aguardando que de novo nos convocassem para o prosseguimento do trabalho. Parece, no entanto, que o governo se havia desinteressado do assunto, talvez em face dos graves problemas políticos que àquela época o ocupavam e não mais recebemos qualquer notícia do projeto. Nélson Hungria externou, em várias oportunidades, desde então, o seu desânimo, não mais acreditando que o trabalho realizado pudesse vingar. Com o passar do tempo, as insuficiências e os defeitos do projeto foram-se tornando evidentes a nossos olhos (e seguramente ao próprio Nélson Hungria). O prof. Anibal Bruno certa vez nos disse que preferia desvincular o seu nome do trabalho de revisão, se o projeto se convertesse em lei na forma como o havíamos deixado. Em verdade, porém, o trabalho não estava concluído, devendo-se esperar

13. A segunda ocorreu em 1965.

14. Em *Nôvo Direito Penal*, ed. Borsoi, RJ, 1971, vol. I, p. 30. (Grifos meus).

15. Heleno Cláudio Fragoso, "Subsídios para a história do novo Código Penal", em *Revista de Direito Penal*, ed. Borsoi, Estado da Guanabara, n.º 3, jul./set., 1971, p. 10.

pela oportunidade de reexaminá-lo, numa segunda leitura do projeto, como já mencionamos.”¹⁶

46. Prossegue o depoimento de Heleno Fragoso: “Em janeiro de 1969, recebemos comunicação telefônica de Nelson Hungria, dando conta de que o Ministro da Justiça de então, o Prof. Gama e Silva, o avisara de seu propósito de editar o novo Código Penal, por decreto, imediatamente. A Câmara Federal e o Senado achavam-se então em recesso, por força do Ato Institucional n.º 5. Estava, já então Hungria, gravemente enfermo, vítima de insidiosa moléstia que o levaria à morte, em 26 de março.¹⁷ Ponderamos ao mestre que o projeto revisto não estava em condições de se transformar em lei como se achava, lembrando que ficáramos de realizar uma segunda leitura, bem como que diversas questões haviam ficado em aberto.”¹⁸

47. A narrativa de Heleno Fragoso nos dá conta de que Nelson Hungria manifestara o interesse de ver o projeto sancionado por decreto, diante da impossibilidade de discussão pelo Congresso Nacional. E prometera analisar com os demais membros da Comissão algumas questões em aberto, quando recebesse do Ministério da Justiça os originais do projeto, na forma como a Comissão o deixara em 1965. Com a morte de Hungria, o Ministério da Justiça não mais reuniu a Comissão, principalmente após a advertência feita por

Heleno Fragoso, a um assessor, de que o projeto não estava em condições de ser promulgado. E o próprio pessoal do Ministério iria se encarregar da redação da exposição de motivos. Surgiu, no entanto, um fato novo: o Ministro da Justiça designara o Prof. Alfredo Buzaid para a coordenação da reforma dos códigos e sob a sua presidência realizaram-se algumas reuniões com os remanescentes das comissões revisoras dos anteprojetos do Código Penal e do Código Penal Militar. Estiveram presentes apenas os professores Ivo D’Aquino e Benjamin Moraes, pois o Prof. Anibal Bruno, doente, escusou-se. Fragoso apresentou 45 emendas à Parte Geral. “Quanto à Parte Especial, dada a urgência, nada podia se reexaminar. A Exposição de Motivos foi redigida por nós na Parte Geral e pelo Prof. Benjamin Moraes, na Parte Especial. Pronto o trabalho, datilografado às pressas para o seguinte despacho ministerial, entrou novamente num ponto morto, com a doença e depois com o falecimento do presidente Costa e Silva e a situação política complicada que então se criou. Nessa oportunidade o professor Benjamin Moraes reexaminou com mais vagar o projeto, introduzindo-lhe modificações, sobretudo na Parte Especial. Nenhuma participação tivemos nessa fase do trabalho, nem sabemos quem aqui interferiu ou colaborou. O Código foi promulgado pela Junta Militar que governava o país, em 21 de outubro de 1969 (Dec.-lei 1.004).”¹⁹

48. Possivelmente, o sinal mais expressivo da descontinuidade científica dos trabalhos de revisão do Anteprojeto Hungria e do malsucedido Código de 1969, foi transmitido por Luiz de Mello Kujawski, em nota escrita que precede um anteprojeto elaborado pelo Ministério Público de São Paulo: “segundo foi

16. O projeto revisto foi publicado pela revista *Justitia*, nºs 68 e 69.

17. Um dos jornais do Rio de Janeiro, ao noticiar a morte do príncipe dos penalistas brasileiros, referiu que nos últimos momentos que desfrutou com a família, Nelson Hungria teria dito: “Logo mais, quando estiverem me levando e eu não puder falar, saibam que estarei dizendo em silêncio: ‘Aqui vai o Nelson; muito a contragosto’”(RAD).

18. Heleno Cláudio Fragoso, *Subsídios*, cit., p. 11.

19. Heleno Fragoso, *Subsídios*, cit., pp. 11 e 12.

revelado em conferência pública pelo Prof. Benjamin Moraes Filho, a publicação do novo Código resultou, por engano, de um rascunho inacabado, que será revisto e novamente publicado" (*Justitia*, n.º 67, p. 362).²⁰

C. A reforma do CP 1969 (Lei 6.016/73)

49. Mesmo antes de entrar em vigor, o Código Penal de 1969 foi reformado. O art. 407 do Dec.-lei 1.004, de 21 de outubro de 1969, prometia o início da vigência do diploma para o dia 1.º de janeiro de 1970. Mas assim não ocorreu, posto que as grandes dificuldades de natureza político-institucional não aconselhavam a Junta Militar²¹ a admitir uma profunda alteração no sistema do Direito Penal comum, máxime quando proliferavam os processos instaurados sob a acusação da prática de crimes contra a segurança nacional, sob a vigência do terrífico Dec.-lei 898, de 29 de setembro de 1969, que previa as penas de morte e de prisão perpétua para as infrações políticas em tempo de paz.

Paradoxalmente, entrou em vigor o Código Penal Militar (Dec.-lei 1.001, de 21 de outubro de 1969). Algumas propostas comuns a ambos os diplomas (o CP comum e o CP militar), como o reconhecimento do estado de necessida-

de também como excludente da culpabilidade e a redução do limite de capacidade penal para 16 anos (se o agente revelasse suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento), somente foram viabilizadas pelo Código militar.

50. Com o objetivo de aprimorar o novo Código Penal, o Governo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 1.457/73, cuja Mensagem foi lida na sessão de 23 de agosto de 1973.²² O pranteado Senador paranaense Accioly Filho foi o relator da matéria no senado. Sua notável obra foi muito justamente reconhecida pelo Senador Franco Montoro como um esforço "verdadeiramente beneditino", pela colheita e difusão de idéias em vários centros intelectuais do País: Universidades, Tribunais, associações da Magistratura e do Ministério Público, OAB e institutos de Advogados. Em 16 de novembro de 1973, o Senador Accioly Filho apresentou um substitutivo, como fruto daquele perseverante e lúcido trabalho. Aprovado no Senado, o substitutivo foi rejeitado pela Câmara dos Deputados, que preferiu ficar com a proposta do Governo. Tive oportunidade de afirmar, a tal respeito, que a Nação perdeu "um patrimônio jurídico de grande relevo, posto que sintetizou, através de uma grande número de emendas, as tendências mais vivas e ilustradas do pensamento brasileiro".²³

51. A Lei 6.016/73 mantinha a dicotomia erro de direito/erro de fato, assim como fora proposto pelo CP 1969, mas alterou a Parte Geral em

20. Em Heleno Fragoso, *Subsídios*, cit., nota n.º 10 à p. 12.

21. Em 31.8.1969, os Ministros da Marinha de Guerra (Augusto Hamann Rademaker Grunewald), do Exército (Aurélio de Lyra Tavares) e da Aeronáutica (Márcio de Souza e Mello), comunicaram o impedimento, por doença, do Presidente General Arthur da Costa e Silva. E, através do Ato Institucional n.º 12, assumiram o Governo da Nação, enquanto perdurasse o impedimento. Mas, com a morte de Costa e Silva, a Junta Militar manteve-se no Governo até a posse do novo Presidente: Emílio Garrastazu Médici (1971/1974).

22. Sobre a tramitação do aludido projeto, ver *Código Penal, Histórico da Lei n.º 6.016 de 1973*, edição da gráfica do Senado Federal, Brasília, 1974.

23. René Ariel Dotti, *Bases e alternativas para o sistema de penas*, Editora Littero-Técnica, Curitiba, 1980, nota n.º 42, à pág. 34.

aspectos relevantes: a) não admitiu a possibilidade de punir a tentativa com a pena do crime consumado, em caso de excepcional gravidade (parágrafo único do art. 14), mantendo o critério do Código Penal de 1940 e reafirmado pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, isto é, a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços; e b) não rebaixou o limite da capacidade penal, conservando-o em 18 anos.

O art. 40 do novo diploma institucionalizou a prisão-albergue nos seguintes termos: "Quando o condenado for primário e de nenhuma ou escassa periculosidade, poderá o juiz determinar que a pena privativa de liberdade seja cumprida sob o regime de prisão-albergue: I - desde o início da execução, se a pena não for superior a três anos; II - após completado um terço da execução, se excedido esse limite e ouvido o Conselho Penitenciário. § 1.º. No regime de prisão-albergue, o condenado poderá exercer, fora do estabelecimento penal e sem vigilância, atividade profissional e freqüentar instituição de ensino, sujeito às condições especificadas na sentença de concessão do regime. § 2.º Se o condenado fugir, será transferido para estabelecimento penal fechado, não se lhe concedendo mais a prisão-albergue."

Aquela consagração legislativa foi o ponto alto de um itinerário de dúvidas e convicções em torno da libertária instituição que teve o seu nascedouro no Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo. Através dos Provimentos n.º XVI/65, de 7 de outubro, e XXV/66, de 14 de novembro, o Conselho regulou a prisão-albergue como variante da *prisão aberta*, experiência que países europeus do ocidente estavam transmitindo a partir do início dos anos 50.

52. O Código Penal de 1969, com a reforma introduzida pela Lei 6.016, de

31 de dezembro de 1973, foi revogado pela Lei 6.578, de 11 de outubro de 1978.

Os movimentos de reforma

53. Como é curial, a lei não é fruto de geração espontânea. Ela reflete as tendências sociais, econômicas, políticas e culturais de uma sociedade, em determinado tempo e lugar. Em se tratando de grandes diplomas, destinados a introduzir modificações relevantes na teoria e na prática do sistema penal, pode-se afirmar que *gênese ideológica* é composta por movimentos de crítica e de reforma. Nos anos 70, em nosso País, não obstante o regime autoritário imposto pelo governos militares, a discussão e as propostas de revisão do Código Penal, do Código de Processo Penal e de autonomia do Direito de Execução Penal, foram marcantes. Alguns eventos científicos e acadêmicos podem ilustrar esse período fecundo para a alteração que seria mais tarde introduzida através da Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. Alguns deles merecem ser comemorados.

A. I Encontro Nacional de Secretários de Justiça e Presidentes de Conselhos Penitenciários

54. O documento extraído naquela oportunidade (1970), foi a *Moção de Friburgo* que durante muitos anos constituiu referência obrigatória não apenas aos especialistas como à imprensa e ao público, diante das denúncias da falência do sistema penitenciário e da existência de milhares de mandados de prisão não cumpridos. O documento advertia que "as falhas do nosso sistema penitenciário são devidas, antes de mais nada, ao anacronismo da legislação penal e processual penal, presas, ainda, à idéia de ser a pena de prisão o remédio indispensável ao tratamento do crimino-

so, de qualquer grau de periculosidade e seja qual for a gravidade do delito praticado, bem como de ser a segregação cautelar o melhor meio para garantir a eficácia da persecução criminal".²⁴ Os seus defensores foram os procuradores de Justiça de São Paulo, Francisco Papaterra Limongi Neto e Antonio Carlos Penteado de Moraes e o Doutor Diwaldo de Azevedo Sampaio, então membro do Conselho Penitenciário e Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo.

B. O IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins

55. Também naquele ano de 1970, realizou-se no Recife o IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins. Foram objeto de discussão o Código Penal de 1969, o Anteprojeto de Código de Processo Penal, de autoria de José Frederico Marques, e o Anteprojeto de Código de Execução Penal, elaborado por Benjamin Moraes Filho.

56. Uma das teses aprovadas, tratou especificamente dos problemas da execução da pena privativa de liberdade. A última de suas conclusões propunha que o processo de execução não poderia desconhecer o homem, nem retribuir em demasia a culpa, mas deveria "observar as regras mínimas de tratamento conforme recomendações de Congressos que afirmaram a importância de um Direito Executivo Penal, submetido ao indispensável e contínuo controle jurisdicional".²⁵

C. A Moção de Goiânia

57. Entre as manifestações alusivas ao cinquentenário da morte de Rui

24. A *Moção de Nova Friburgo*, foi publicada na RT 425/407.

25. René Ariel Dotti, *Pena privativa de liberdade (Fisionomia e questões*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1970, n.º 13.

Barbosa, reuniram-se estudiosos das ciências penais e de Criminologia em Goiânia, no ano de 1973. Um dos itens da *Moção* declara que "o tratamento penal do condenado deve importar no respeito integral à dignidade humana, de forma a restaurar-lhe a estima social e a utilização do seu valor no processo de desenvolvimento social". Recomendou-se, expressamente: "a) limitação do uso da privação da liberdade aos casos de penas mais graves e aos condenados realmente perigosos; b) adoção, para os condenados de escassa ou nenhuma periculosidade, do regime de prisão aberta e prisão-albergue; c) a introdução de medidas humanísticas conducentes à reintegração social do condenado, como: ampliação do perdão judicial, do *sursis* e do livramento condicional, além de outras medidas substitutivas da pena de prisão".²⁶

58. A *Moção de Goiânia* teve grande ressonância nos meios intelectuais e profissionais e foi amplamente difundida. O Prof. Licínio Leal Barbosa foi o coordenador do evento, que contou com a participação de expressivos nomes da teoria e da prática do Direito Penal e das ciências afins.²⁷

D. O V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins

59. Foi realizado em São Paulo, em 1975, e teve como principal objetivo a discussão das reformas introduzidas pela Lei 6.016/73, reformadora do Código

26. Uma das publicações está na *Ciência penal*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1982, I/9.

27. José Salgado Martins, Manoel Pedro Pimentel, Alcides Munhoz Netto, Jair Leonardo Lopes, Everardo Da Cunha Luna, Raul Chaves, Luiz Vicente Cernicchiaro, Benjamim Moraes Filho, Juçara Fernandes Leal, Jonathas Silva, Vitorino Prata Castelo Branco, Virgílio Luiz Donnici, Geraldo Batista De Siqueira e outros.

Penal de 1969. Daquele evento, foram extraídas importantes conclusões no campo da humanização das penas e medidas de segurança.

Uma delas salientou a “urgência de uma reforma do sistema de penas, fortalecendo-se a luta já iniciada para que a prisão se restringisse aos delinquentes que representem um perigo social, ou aos casos de comprovada necessidade, encontrando-se para os outros tipos de infratores, substitutivos penais satisfatórios”. Uma outra, também aprovada unanimemente, propunha a necessidade de um “sistema interacionista” para a execução da pena, garantindo maiores poderes ao juiz e a proteção de todos os direitos da pessoa humana, não atingidos pela condenação.²⁸

E. A CPI do sistema penitenciário

60. A Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a proceder o levantamento da crise penitenciária nacional, foi instituída pela Câmara dos Deputados em 1975. As suas conclusões, publicadas com o relatório em 1976, contêm uma síntese trágica representada pela contradição entre as proclamações otimistas de vários textos legais e a dura realidade cotidiana. Nunca antes em nosso País e com tanta veemência foi dito que nos *ambientes de estufa* das instituições totais, a ociosidade é a regra inevitável e profunda. “A deterioração do caráter resultante da influência corruptora da subcultura criminal, o hábito

da ociosidade, a alienação mental, a perda paulatina da aptidão para o trabalho, o comprometimento da saúde, são conseqüências desse tipo de confinamento promíscuo, já definido alhures como *sementeira de reincidência*, dados os seus efeitos criminógenos.”²⁹

F. O I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária

61. Na Capital federal, em 1981, realizou-se o I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, reunindo mais de dois mil participantes. Foram amplamente discutidos os anteprojetos de reforma da Parte Geral do Código Penal, da Lei de Execução e do Código de Processo Penal. O Congresso encerrou com a *Carta de Principios* que, entre seus redatores, teve a colaboração notável de Evandro Lins e Silva e José Frederico Marques. A declaração solene daquele documento foi assim posta: “Democraticamente reunidos, os participantes do primeiro Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária deram a contribuição de sua inteligência, de sua cultura e de seu patriotismo, para enfrentar os desafios que envolvem a justiça penal, a prevenção da criminalidade, a defesa dos interesses sociais, a garantia dos direitos humanos, de modo a eliminar da execução penal o *hiato de legalidade* em que se encontra.”³⁰

29. DCN, supl. ao n.º 61, de 4.6.1976, p. 002. O relator da CPI foi o Deputado Ibrahim Abi-Ackel.

30. *Anais do I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária*, edição Ministério da Justiça, 1982, I/15.

28. Em *Revista de Direito Penal*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1975, n.º 17/18, p. 131 e 132.