

HISTÓRIAS DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA: A CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMINOSOS (1890–1969)

*STORIES OF BRAZILIAN CRIMINAL LAW LEGISLATION: THE CLASSIFICATION OF
CRIMINALS (1890–1969)*

Marcelo Mayora Alves

Doutor em Direito pela UFSC. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Pós-doutorando no PPGD/UERJ. Professor adjunto na Universidade Federal do Pampa.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4677068855065531>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9135-9064>

marceloalves@unipampa.edu.br

Mariana Dutra de Oliveira Garcia

Doutoranda em Direito pela UFSC. Mestra em Direito pela UFSC. Graduanda em História pela UFPEL.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6992777334687811>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5447-9115>

marianadutragarcia@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.10631570>

Resumo: O artigo apresenta e analisa os debates jurídicos-penais e criminológicos em torno ao tema da “classificação dos criminosos”, bem como sua consagração na legislação brasileira, no período compreendido pelos Códigos Penais de 1890, 1940 e 1969.

Palavras-chave: Classificação dos criminosos; Positivismo criminológico; Legislação penal.

Abstract: This paper presents and analyzes the legal and criminological debates surrounding the issue of “classification of criminals,” as well as its inclusion in Brazilian legislation during the period covered by the penal codes of 1890, 1940 and 1969.

Keywords: Classification of criminals; Positivist criminology; Criminal law.

1. Introdução

A categoria da periculosidade e a “classificação dos criminosos” (daqui em diante sem aspas) foram os instrumentos centrais da política criminal pretendida pela criminologia positivista. **Enrico Ferri** (1916, p. 24) dizia que “a jurisprudência clássica, de Beccaria a Carrara, ocupou-se exclusivamente dos crimes: deixava os seus auctores na sombra, atribuindo-lhes um typo único e médio de homem como todos os outros”.¹ Segundo o autor, para a melhor defesa da sociedade, essa noção deveria ser substituída por outra que se esforça em “pôr em relevo os caracteres que diferenciam os criminosos entre si, e por exprimir a sua individualidade physica e psychica no meio ambiente particular de cada um deles”, ou seja, “substitue ao typo classico, unico e incolor, diferentes physionomias de delinquentes” (Ferri, 1916, p. 26). O criminólogo italiano produziu sua classificação dos criminosos a partir da síntese dos debates gerados pela investida inaugural de Lombroso e pelas críticas aos seus excessos biologicistas. Em seu quadro conceitual, os delinquentes foram agrupados em “criminoso-nato, criminoso

louco, criminoso por hábito adquirido, criminoso passional e criminoso acidental”, possuindo cada um deles características específicas, que devem ser descobertas para a definição do correto tratamento penal (Ferri, 1916, p. 26).² **Hilário Veiga de Carvalho** (1973, p. 104-135), no *Compêndio de Criminologia*, elenca classificações de 68 criminólogos, elaboradas a partir de diferentes critérios.

Sabemos que a consequência lógica das teses da criminologia positivista era a substituição da justiça criminal, fundada na lógica jurídica e monopolizada por juízes/juristas, por uma técnica de tratamento ou de eliminação dos criminosos (criminalizados), baseada na lógica criminológica e monopolizada pelo médico ou pelo antropólogo criminal. Daí resultou a “batalha do tribunal” e a “cruzada contra a justiça mística” (Darmon, 1991, p. 139) levada adiante pelos criminólogos positivistas e a reação tecnicista dos juristas no contexto das “disputas corporativas pela propriedade do crime” (Zaffaroni, 2005, p. 29). Muito já se pesquisou sobre o assunto, mas podemos aqui afirmar que o resultado dessa disputa e da

dita conciliação entre as “escolas penais” foi um modelo de aplicação da lei penal baseado fundamentalmente nas regras e metarregras da periculosidade e justificado ideologicamente na legalidade.³

Ao introduzir na legislação (processual) penal brasileira o acordo de não persecução penal, a Lei 13.964/2019 estabeleceu, no inciso II, do parágrafo 2, do art. 28-A, que não é cabível o instituto para investigados reincidentes ou “quando houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas”. Não deixa de ser curioso que “nesta altura do campeonato” a classificação dos criminosos tenha finalmente ingressado na legislação penal brasileira. Ela esteve durante todo o século XX (e final do XIX) na antessala dos nossos códigos penais e deu origem a renhidos debates. É do que trataremos neste artigo, relativamente ao período de 1890 a 1969.

2. 1890: Um código “retardado em relação à ciência penal do seu tempo”⁴

O primeiro Código Penal do Brasil cujo processo de elaboração e consolidação foi tensionado pela crítica reformista da escola positiva foi o de 1890. Naquele contexto, em que a abolição da escravidão e o processo que culminou com o advento da República passaram a exigir a elaboração de uma legislação penal “adaptada à nova situação”, como constava no projeto de lei apresentado por Joaquim Nabuco em outubro de 1888 (Zaffaroni *et al.*, 2003, p. 444), as ideias da criminologia positivista já circulavam de modo incipiente nos debates jurídicos-penais, sobretudo nas obras de Tobias Barreto — em sentido crítico — e João Vieira de Araújo (Alvarez, 2002, p. 683).

Contudo a codificação que prosperou (o projeto Baptista Pereira) não consagrou as ideias da escola positiva, motivo pelo qual foi submetido a críticas, sobretudo diante da intensificação da difusão do positivismo criminológico na última década do século XIX. Conforme Sontag (2014, p. 191), nos textos de João Vieira de Araújo “sobre o código de 1890 é perceptível claramente uma inconformidade como o ‘classicismo’ do texto legal de Baptista Pereira”. O autor ainda analisa em minúcias a crítica positivista ao código de 1890, provenientes de Vieira de Araújo, Aurelino Leal, Nina Rodrigues e Esmeraldino Bandeira.

O Código de 1890 não incorporou a classificação dos criminosos à sua estrutura repressiva. Manteve, tal qual o Código de 1830, apenas a reincidência como circunstância agravante (art. 39, parágrafo 19). Previa o livramento condicional “numa chave que substancialmente o inseria no direito de graça, sendo concedido mediante ato do poder executivo, por provocação do diretor do estabelecimento penitenciário” (Zaffaroni *et al.*, 2003, p. 49), de maneira que não estabelecia qualquer regramento fundado no “tipo de criminoso”. Aurelino Leal (1896, p. 205) lamentava a regra inscrita nesse dispositivo legal, pois o “livramento condicional, tal como devera ser organizado no systema positivo da segregação indeterminada, não poderia conceder-se senão depois de um exame physio-psycologico do condemnado”. E arrematava: “incontestavelmente, despresando-se a classificação scientifica dos criminosos, o instituto do livramento condicional tem desvantagens praticas de ordem tal, que reclamão a sua modificação no direito positivo”.

3. 1940: “A codificação brasileira nascerá atrasada de meio século”⁵

Camila Prando (2012, p. 223), ao investigar os debates do campo das ciências criminais do início do século XX, analisou o processo de “juridicização da periculosidade”, consagrada

legalmente “como critério na aplicação das medidas de segurança e na individualização judiciária” no Código Penal de 1940. Segundo a autora, a periculosidade já estava sendo gradualmente incorporada à legislação desde a década de 1920, “revelando o domínio da retórica criminológica no campo penal, e confirmando a centralidade do delinquente como aposta na eficácia do controle punitivo” (Prando, 2012, p. 226). Nesse sentido, nos termos do Decreto 16.665/1924, o requisito subjetivo para a concessão do livramento condicional, a ser analisado pelo então criado Conselho Penitenciário, passava a ser a possibilidade de regeneração do apenado (Prando, 2012, p. 229), ou, noutras palavras, não ser o preso um incorrigível.

No projeto Alcântara Machado constava a classificação dos criminosos. A comissão revisora, contudo, suprimiu o capítulo. Machado (1957, p. 1051) criticou veementemente essa tomada de posição político-criminal, referindo que a classificação é “indispensável ao tratamento penal”, e que, diante dessa situação, a “codificação brasileira nascerá atrasada de meio século”. Roberto Lyra (1977, p. 51) respondeu sustentando que a “individualização do tratamento é mais do que classificação dos criminosos” e que os critérios individualizadores presentes no código são “consistentes e permeáveis”.

Nelson Hungria não era adepto da classificação dos criminosos. Na exposição de motivos do Código Penal de 1940, aduziu o seguinte:⁵

O projeto não faz *classificação penal* especial de criminosos. Na sua sistemática, apenas distingue, para diverso tratamento penal, entre o criminoso *primário* e o criminoso *reincidente* (genérico ou específico). O projeto Alcântara Machado dividia os delinquentes em quatro categorias: *ocasionais*, *por tendência*, *reincidentes* e *habituais*. Ora, para a identificação dos “tipos” das duas primeiras categorias, não há seguros critérios objetivos. Não existem características constantes ou indícios infalíveis para diferenciar entre criminosos que o sejam *per accidens* e os que o sejam *por tendência*.

Quanto aos criminosos *por tendência*, nem mesmo se pode asseverar, incontestavelmente, que existam, isto é, não se pode afirmar que haja uma inclinação especial ou fatalística para o crime; mas, ainda que se pudesse admitir isso, não seria lógico que um código penal fundamentalmente informado na liberdade volitiva incluísse entre os *imputáveis* o delinquente que o é por irresistível tendência. Quanto aos *criminosos habituais*, não há razão para destacá-los da *família* dos reincidentes, uma vez que a estes seja aplicado, como no sistema do projeto, um tratamento especialmente rigoroso.

Para a individualização da pena, não se faz mister uma prévia catalogação, mais ou menos teórica, de espécies de criminosos, desde que ao juiz se confira um amplo arbítrio na aplicação concreta das sanções legais. Neste particular, o anteprojeto assume um sentido marcadamente *individualizador*. [...]

Com a adoção de tão extenso *arbitrium judicis*, na identificação ético-social do réu, visando o ajustamento das medidas de reação e defesa social ao indivíduo, para que rotular aprioristicamente subespécies de criminosos? (Hungria *apud* Pierangeli, 2001, p. 424, grifos do autor).

O modelo que passou então a ser adotado foi o do arbítrio judicial para a individualização da pena. Ao juiz foi concedida a discricionariedade de definir a reprimenda a partir das características do réu, ou, nos termos da redação original (art. 42), da análise dos antecedentes, da personalidade do agente, da intensidade do dolo ou do grau da culpa, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime. Se a periculosidade pode ser considerada a metarregra básica da individualização da pena, no caso das medidas de segurança era o critério legal fundamental.

4. O duplo binário e as medidas de segurança no Código Penal de 1940

Hungria (1977, p. 14) sustentava que o Código Penal de 1940 era “eminentemente retribucionista”, o que pode ser questionado, pois aquela codificação foi a primeira a consagrar no sistema penal brasileiro a medida de segurança, ou seja, a segregação por tempo indeterminado, baseada na periculosidade do agente. O sistema — que combina pena e medidas de segurança, ambas podendo ser aplicadas ao mesmo infrator em razão da mesma infração — ficou conhecido como duplo binário.

Na exposição de motivos (Pierangeli, 2001, p. 412) é sustentada a ideia de que o Código foi resultado de uma “política de transação ou de conciliação”, pois nele “os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva”. Na sequência, explica-se que o projeto “contém uma inovação capital”, qual seja o de fazer “ingressar na órbita da lei penal as medidas de segurança”. Segundo o autor do projeto, trata-se de um critério de política criminal “que paira acima do radicalismo de escolas” e que “está hoje definitivamente introduzido na legislação penal do mundo civilizado”, pois, “à parte a resistência dos clássicos, já ninguém mais declara infenso a essa bilateralidade da reação legal contra o crime” (Pierangeli, 2001, p. 428). A exposição de motivos insiste na “afirmação de que as medidas de segurança não têm caráter repressivo, não são pena”, mas “medidas de prevenção e de assistência social relativamente ao ‘estado perigoso’ daqueles que, sejam ou não penalmente responsáveis, praticam ações previstas na lei como crime” (Pierangeli, 2001, p. 428). Por fim, esclarecem que “o título consagrado às medidas de segurança [...] poderia ser denominado ‘o código de segurança dentro do código penal’” (Pierangeli, 2001, p. 428).⁶

O Código dispunha que a aplicação de medida de segurança seria cabível quando um agente cometesse um crime e fosse considerado perigoso (art. 76). Entretanto os autores de um crime impossível ou de meros atos preparatórios também poderiam ser submetidos às medidas de segurança, caso fosse reconhecida a periculosidade (art. 76, parágrafo único). Ou seja, o agente poderia ser submetido à medida de segurança mesmo sem ter praticado qualquer crime. Em alguns casos, a periculosidade, requisito da aplicação da medida de segurança, era presumida, como no caso dos reincidentes em crimes dolosos ou dos condenados por crimes cometidos no contexto de um “bando ou quadrilha de malfeitores” (art. 78). Quando a periculosidade não fosse presumida, deveriam ser analisadas a personalidade, os antecedentes, os motivos e as circunstâncias e os motivos do crime, podendo daí decorrer a “suposição de que venha ou torne a delinquir”, razão que permitia a aplicação da medida de segurança por tempo indeterminado. Ademais, todos os condenados à pena de reclusão por mais de cinco anos e todos os condenados a pena privativa de liberdade quando o crime estivesse relacionado à ociosidade, à vadiagem e à prostituição (art. 93) poderiam ser submetidos à medida de segurança. A medida só poderia ser extinta após a realização de “exame” que atestasse a cessação da periculosidade.

5. A classificação dos criminosos e a pena indeterminada no Código Penal de 1969

O anteprojeto Hungria, de 1963,⁷ extinguiu o duplo binário, reservando a medida de segurança aos doentes mentais — nos termos do texto legal — que praticassem crimes, que deveriam ser internados em manicômios por tempo indeterminado. Essa opção político-criminal era influenciada pelas ideias da escola neodefensivista: pena e medida de segurança deixavam de se constituir em respostas distintas à prática de crimes, pois a pena

— compreendida como uma medida educativa — tornava-se idêntica à medida de segurança.

No Segundo Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, ocorrido em Brasília, Hungria (1968, p. 91, grifos do autor) noticiava que “nos mais recentes Congressos penais, no plano internacional”, estava sendo “debatida largamente a tese relativa à supressão do sistema de **dupla via** ou de **dois trilhos**, isto é, da aplicação sucessiva de pena e medida de segurança, a ser substituída por um tratamento unitário”; e que no Congresso de Roma, em 1953, teria triunfado a tese da unificação integral das duas sanções, sob o nome de medida de segurança, “se Filippo Grispigni, o saudoso Professor da Universidade Romana, que sempre evolui entre a escola positiva e a escola neo-clássica”, que foi o relator do tema, não tivesse proposto uma fórmula conciliatória ou transacional: “não mais o sistema de aplicação sucessiva de pena e medida de segurança, ou vice-versa, mas o sistema alternativo, ficando ao esclarecido e prudente arbítrio do juiz, em cada caso, aplicar, ou somente a pena ou somente a medida de segurança” (Hungria, 1968, p. 92).

Hungria (1968) posicionava-se a favor do método unitário, mas sob o nome de pena. O argumento central, como já vimos, referia-se ao fato de que a medida de segurança era “conceitualmente subordinada, na sua aplicação, ao estado de periculosidade ou anti-sociabilidade do delinqüente” (Hungria, 1968, p. 92), de modo que ficaria inviabilizada a sua aplicação a todos aqueles que cometessem crimes, mas que não fossem considerados perigosos ou antissociais. Adota, então, o chamado sistema vicariante, unificando pena e medida de segurança, sob o nome de pena, e reservando a medida de segurança apenas aos “doentes mentais e inferiorizados psíquicos de natureza mórbida” (Hungria, 1968, p. 94). O fim do duplo binário foi aplaudido por **Heleno Fragoso** (1963, p. 75), no parecer sobre o anteprojeto Hungria:

Corretíssima a solução do anteprojeto no abandono do sistema duplo binário (pena e medida de segurança detentiva sucessivamente aplicada). Esse sistema, que teve a missão histórica de conciliar duas tendências opostas, está em franco declínio por toda parte. No Brasil, afora uma ou outra malograda experiência, êle realmente não chegou a ser pôsto em prática.

A supressão do duplo binário e da medida de segurança por tempo indeterminado para imputáveis foi objeto de insatisfação.

Basileu Garcia (1965, p. 128) considerou inconvenientes os “cortes substanciais [...] na antiga estrutura jurídica das medidas de segurança, cuja utilidade na proteção coletiva é incontestável”. Hungria, em resposta, sustentou que de nada vale a suposta maior proteção de tal sistema, se durante a vigência do Código Penal de 1940 “o capítulo sobre medidas de segurança não representou mais do que um poema futurista que poderia ser assinado por Manuel Bandeira ou Carlos Drummond de Andrade” (Hungria, 1965, p. 467).

A extinção da medida de segurança para imputáveis vinha acompanhada da aproximação entre as duas vias de resposta penal. O foco na defesa social era mantido e a antiga novidade consagrada pelo anteprojeto era a classificação dos criminosos. Hungria, após excluir a classificação dos criminosos do código de 1940, parece ter mudado de ideia, pois o anteprojeto previa o instituto e estabelecia que, em se tratando de criminoso habitual ou por tendência, a pena poderia ser aumentada até o dobro. A habitualidade presumida ocorria nos casos daquele que reincidisse pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa de liberdade. A habitualidade deveria ser reconhecida pelo juiz, ou seja, não era presumida, nos casos nos quais o agente, mesmo sem ter condenação anterior, cometesse quatro ou mais crimes da

mesma natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, no caso de suas condições de vida e circunstâncias dos fatos indicarem a inclinação para a prática de crimes. Já o criminoso por tendência era aquele que houvesse cometido homicídio, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave, nos casos nos quais os motivos determinantes indicassem extraordinária torpeza, perversão ou malvadez (art. 60 e parágrafos).

Heleno Fragoso (1963, p. 23, grifo do autor), na parte dois do parecer sobre o anteprojeto, admitia que o tratamento penal dos delinquentes habituais ou por tendência era preocupação constante em todos os países, mas salientava que “dentro da concepção clássica, de um rígido enquadramento do direito penal da culpa, ninguém pode ser punido pelo que **é**, mas pelo que **fêz**”. Desse modo, mesmo compreendendo que seria “necessário um tratamento especial para os criminosos habituais, dada a evidente ineficácia das penas em relação aos mesmos”, posicionava-se no sentido de que “a fórmula do anteprojeto não pode ser aceita [...] sem reservas”, pois seria “repugnante punir mais severamente o criminoso habitual, em virtude de uma condição de sua pessoa, que independe de culpa” (Fragoso, 1963, p. 26).

A atribuição positiva da classificação de criminoso habitual ou por tendência resultava, nos termos do anteprojeto Hungria, no aumento da pena daquele que fosse etiquetado. Ou seja, Hungria colocava fim ao regime das medidas de segurança por tempo indeterminado, aplicadas a imputáveis, considerados perigosos, como ocorria segundo as regras do Código Penal de 1940.

Entretanto, nas últimas revisões do texto, sob a presidência de Alfredo Buzaid, então Ministro da Justiça, adotou-se a pena indeterminada para os criminosos habituais e por tendência. O texto definitivo, promulgado em 1969, foi o seguinte:

Art. 64. Tratando-se de criminoso habitual ou por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado. O juiz fixará a pena correspondente ao crime cometido, que constituirá a duração mínima a da pena privativa de liberdade, não podendo ser, em caso algum, inferior a três anos (Criminoso habitual ou por tendência).

§1º A duração da pena indeterminada não poderá exceder a dez anos, após o cumprimento da pena imposta (limite da pena indeterminada)

No artigo “A aplicação da pena indeterminada no novo Código Penal Brasileiro”, **Benjamin Moraes** (1975, p. 76) informa que

nas revisões sobre o anteprojeto, quer sob a presidência do próprio autor, quer, após sua morte, sob a orientação do Ministro Alfredo Buzaid, a matéria evoluiu para a adoção clara da teoria da pena indeterminada.

Entretanto não temos certeza quanto à correção dessa afirmação. Na revisão de 1965, a pena indeterminada não foi adotada. Nelson Hungria manifestou-se expressamente contra a indeterminação da pena (1968, p. 94), sustentando que “do ponto de vista político, seria desaconselhável, porque enseja demasiado arbítrio judicial, dada a atual precariedade ou relativa insegurança dos indícios psicológicos da cessação de anti-sociabilidade”. Além disso, “para a recusa da pena

indeterminada, existe até mesmo a censura da Lei Constitucional, que proíbe a ‘prisão perpétua’ como pena” (Hungria, 1968, p. 94). Posteriormente, não sabemos se nas últimas revisões, da qual participou apenas Heleno Fragoso, ocorreu essa decisão político-criminal, ou se ela foi tomada no último período anterior à promulgação, no qual as decisões eram tomadas por Alfredo Buzaid e por Benjamin Moraes.

Na Exposição de Motivos constou o seguinte:

Os criminosos habituais ou por tendência constituem o grande problema da repressão penal. É necessário reagir contra esse tipo de criminalidade com instrumentos verdadeiramente eficientes. [...] O projeto incorpora-se à legislação moderna, estabelecendo previsão especial quanto aos criminosos habituais ou por tendência, e um sistema repressivo eficaz, com a pena relativamente indeterminada (Pierangeli, 2001, p. 587).

A redação final do Código Penal de 1969 adotou, em verdade, a pena relativamente indeterminada, pois após o cumprimento da pena imposta, aquele que fosse considerado criminoso habitual ou por tendência, poderia ficar recluso indeterminadamente por até dez anos, depois de concluída a pena aplicada. Na reforma de 1973, a principal alteração foi a extinção da lista restrita de delitos que autorizava a classificação legal do criminoso por tendência. A partir da Lei 6.016/73, deveria ser considerado criminoso por tendência não apenas o sujeito que praticou homicídio, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave, mas todo aquele que “pela sua periculosidade, motivos determinantes e meios ou modos de execução do crime, revela extraordinárias torpeza, perversão ou malvadez” (art. 64, §3º). Na exposição de motivos, **Buzaid** (1974, p. 12) esclarece: “tive presentes, ao propor esta alteração, algumas hipóteses de estupro ou de latrocínio, não abrangidos pelo Código”.⁸

6. Considerações finais

Roberto Lyra (1977, p. 52) dizia que “a periculosidade [...] governa os instrumentos de política criminal”. De fato, apesar das divergências epidérmicas sobre as respostas penais que deveriam ser adotadas (medida de segurança, aumento da pena ou pena indeterminada) ou sobre a forma de classificação do delincente (utilização de tipologia minuciosa ou de conceitos mais amplos), concordava-se quanto ao essencial. Ou seja, era praticamente unânime — antes do questionamento do positivismo criminológico pela criminologia crítica — a noção sistematizada por Liszt: que existem criminosos perigosos e não perigosos; ou recuperáveis e irrecuperáveis; que a resposta penal deve adequar-se a essa tipologia; e, que o jurista, principalmente o juiz, é o agente legitimado a classificar, a nomear, a instituir o rótulo de perigoso aos sujeitos criminalizados.

Como o Código Penal de 1969, embora promulgado, jamais entrou em vigor, a classificação dos criminosos permaneceu nos bastidores e o duplo binário só foi extinto em 1984, com a nova parte geral do código penal de 1940.⁹

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua

totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; eles também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):

MAYORA, M.; GARCIA, M. Histórias da Legislação Penal Brasileira: a classificação dos criminosos (1890 – 1969). **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 32, n. 376, p. 22-26, 2024. DOI: 10.5281/zenodo.10631570. Disponível em:

https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/996. Acesso em: 1 mar. 2024.

- ¹ Neste e noutros trechos mantivemos a grafia original, relativa à época em que foi escrito.
- ² Garófalo (2005, p. 315) sustentava que o critério da idoneidade deveria substituir o da responsabilidade moral e da proporcionalidade entre pena e delito, “*indicando los medios de represión que son adecuados a cada clase de criminales*”. Lizst (1994, p. 120) entendia que os possíveis efeitos da pena são a correção, a intimidação e a neutralização, e que esses três tipos de punição deveriam corresponder a três categorias de delinquentes: os irrecuperáveis, os recuperáveis e os ocasionais. Os primeiros são os delinquentes habituais, “os inimigos fundamentais da ordem social” (Lizst, 1994, p. 116), que poderiam ser identificados com a ajuda das estatísticas criminais e da antropologia criminal, e que cometem geralmente crimes contra a propriedade e contra os bons costumes. Para estes, “*el código penal debería determinar [...] que una tercera condena por uno de los delitos mencionados más arriba llevaría a una reclusión por tiempo indeterminado*”, que seria cumprida em presídios e consistiria “*en una servidumbre penal, bajo la más severa obligación de trabajo y la mayor explotación posible de la fuerza de trabajo*”. E como sanção disciplinar, “*la pena corporal sería casi inevitable*” (Lizst, 1994, p. 121). Para o segundo grupo (os que precisam de correção) e para o terceiro grupo (os delinquentes ocasionais), o autor também oferece as soluções penais pertinentes, mas não vamos nos alongar por aqui.
- ³ CPara a síntese, vejamos a clássica conclusão de Rosa Maria Cardoso da Cunha (1979, p. 131): Dito de outro modo, a fórmula da personalidade viabiliza o princípio da legalidade na forma idealizada que o saber penal propõe sua existência. A fórmula da personalidade, orientando efetivamente a interpretação e a aplicação da lei penal, põe-se como fiadora do mito contratual que inspira o princípio da legalidade. Noutras palavras, a ficção do contrato, da retribuição simétrica, ou da legalidade, pode ser mantida porque existe ordenação eficiente, casuística, conjuntural, equitativa (segundo os interesses do sistema), que a fórmula da personalidade exerce. Posto, então, como “o segredo” do princípio da legalidade o procedimento periculosidade-punição permite que o sistema penal ofereça ao público sua fachada de ouro, sua prestigiada pose liberal.
- ⁴ A expressão consta no primeiro parágrafo da exposição de motivos do Código Penal de 1940.
- ⁵ Apesar da supressão da classificação dos criminosos, o projeto da comissão revisora pouco alterou o capítulo das medidas de segurança elaborado por Alcântara Machado, que acolhia largamente “os postulados positivistas” (Del Pozzo, 1940, p. 632).
- ⁶ É interessante notar o esforço dos autores do texto oficial para excluir e ao mesmo tempo incluir as medidas de segurança no “horizonte de projeção do Direito Penal” (Zaffaroni; Batista, 2003, p. 91), com o objetivo de garantir a radical intervenção possibilitada pelas medidas de segurança e ao mesmo tempo manter hígido o discurso liberal do Direito Penal.
- ⁷ Para detalhes sobre esse processo codificador, conferir: Alves (2023).
- ⁸ O anteprojeto alternativo sobre o sistema de penas, elaborado por membros do Ministério Público e do Judiciário de São Paulo, que foi apresentado pelo Senador Accioly Filho por ocasião da tramitação da Lei 6016/73, repelia a classificação dos criminosos, considerada, “além de inconveniente, desnecessária, em razão da nova sistemática”. Ademais, repeliu a pena indeterminada. As diferenças, entretanto, não eram tão relevantes. Nos termos do anteprojeto alternativo, o juiz deveria declarar, na sentença, a periculosidade do réu, como acentuada, escassa ou nenhuma. Deveria ser considerado de acentuada periculosidade o agente que cujo seus antecedentes e personalidade, bem como os meios e os motivos do crime, evidenciasse inclinação para práticas delituosas; também aquela cuja ação criminosa revelasse torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral, e, por fim, o sujeito que tivesse sofrido duas condenações irrecorríveis a pena de prisão. O agente de escassa periculosidade seria aquele que poderia ser regenerado desde que submetido a medidas reeducativas e de proteção, ao passo que o de nenhuma periculosidade seria aquele que poderia ser regenerado independente de qualquer ação reeducativa estatal. Para declarar a periculosidade, o juiz deveria se valer dos elementos constantes nos autos e de exame psiquiátrico, que poderia requerer. O anteprojeto ainda estabelecia que o Ministério Público deveria contar com um corpo de funcionários destinados à investigação dos elementos relativos à constatação da periculosidade. Conforme a exposição de motivos (Brasil, 1974, p. 144), a aferição da periculosidade seria “a pedra de toque do sistema, já que, com base em tal definição, que será provisória, o sentenciado receberá o tratamento adequado à sua periculosidade”.
- ⁹ Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho (2002, p. 63) lembram que o aumento da reprimenda para o reincidente, na reforma de 1984, foi a solução legislativa adotada diante da supressão do duplo binário. E transcrevem o seguinte trecho da exposição de motivos da Lei 7.209/84: “com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida”.

Referências

- ALVES, Marcelo Mayora. *Os penalistas na ditadura*. Rio de Janeiro: Revan, 2023.
- BRASIL. *Código Penal: Histórico da Lei n.º 6.016/73*. Brasília: Senado Federal, 1974.
- BRASIL. *Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890*. Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1890. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 6 fev. 2024.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 6 fev. 2024.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del1004.htm. Acesso em: 6 fev. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973*. Altera dispositivos do Decreto-lei número 1.004, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6016.htm. Acesso em: 6 fev. 2024.
- BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6016.htm. Acesso em: 6 fev. 2024.
- CARVALHO, Hilário Veiga de. *Compêndio de Criminologia*. São Paulo: José Bushatsky, 1973.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.
- DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- DEL POZZO, Carlos Umberto. O projeto de Código Criminal Brasileiro (A caminho do positivismo criminológico). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 35, n. 3, p. 621-635, 1940. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65927>. Acesso em: 6 fev. 2024.
- FERRI, Enrico. *Os criminosos na arte e na literatura*. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, 1916.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. A reforma da legislação penal brasileira – I. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 55-81, jul./set., 1963.
- GARCIA, Basileu. As penas e sua aplicação no anteprojeto. In: Anais Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro, de autoria do Ministro Nelson Hungria. *Anais [...]*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965.
- GARÓFALO, Raffaele. *La criminología: estudio sobre el delito y la teoría de la represión*. Montevideu/Buenos Aires: BdeF, 2005.
- HUNGRIA, Nelson. Respostas às objeções ao anteprojeto. Primeira, segunda e terceira conferências. In: Anais Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro, de autoria do Ministro Nelson Hungria. *Anais [...]*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965.
- HUNGRIA, Nelson. Novas teorias e diretrizes do direito penal. In: Anais do II Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins. *Anais [...]*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1968.
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal: Volume I, Tomo I, Arts. 1º a 10. 5. ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- LEAL, Aurelino d'Araújo. *Germens do crime*. Bahia: Magalhães, 1896.
- LISZT, Franz Von. *La idea de fin en el derecho penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- LYRA, Roberto. *Direito Penal Normativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977.
- MACHADO, Alcântara. Código Penal do Brasil. In: RIBEIRO, Leonídio (Org.). *Criminologia*. Volume 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 1039-1054.
- MORAES, Benjamin. A aplicação da pena indeterminada no novo Código Penal Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 12, n. 46, 1975.
- PRANDO, Camila Cardoso de Mello. *O saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SONTAG, Ricardo. “Código Criminológico”? Ciência Jurídica e codificação penal no Brasil 1888-1899. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- ZAFFARONI; Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Volume I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.