

JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI

# CÓDIGOS PENAIS DO BRASIL

*Evolução histórica*

2.<sup>a</sup> edição



2165  
EDITORA  REVISTA DOS TRIBUNAIS

343.2(81)/(094)  
P672c  
2. ed.

# CÓDIGOS PENAIS DO BRASIL

*Evolução histórica*

2.<sup>a</sup> edição

JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI

1.<sup>a</sup> edição, comemorativa do Sesquicentenário do 1.º Código Penal Latino-Americano, Bauru : Jalovi, 1980.

Composição e diagramação eletrônica do livro  
fornecida pela Lejus Livraria Editora Ltda.

*Impressão e acabamento:*

Cromosete Gráfica e Editora Ltda. – CNPJ 58.506.254/0001-66

0660

© desta edição: 2001

**EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.**

*Diretor Responsável:* CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

**CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433**

Rua do Bosque, 820 • Caixa Postal 678

Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450

CEP 01136-000 - São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil (08 - 2001)

ISBN 85-203-1810-X

## Capítulo IV

# A LEGISLAÇÃO GENUINAMENTE BRASILEIRA

### Sumário:

1 - O Código Criminal do Império. 2 - Modelos que influíram na elaboração do Código do Império. 3 - As falhas apontadas nessa legislação. 4 - A originalidade do Código. 5 - Repercussão do Código de 1830. 6 - O Código Penal de 1890 e os movimentos de reforma. 7 - O Código Penal de 1940. 8 - O Código Penal de 1969. 9 - A reforma de 1977. 10 - A reforma de 1984. 11 - Críticas à Reforma de 1984. 12 - Reforma projetada da Parte Especial. Bibliografia.

### 1. O CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO

A vinda da Família Real portuguesa para o Brasil, em 1808, cujos primeiros efeitos práticos em direção à nossa emancipação política ocorram com a edição da Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, quando se abriram os nossos portos às nações amigas, substancialmente em nada modificou a legislação penal então vigente, ou seja, as Ordenações Filipinas. Tímidas mutações só apareceram após o retorno de D. João VI ao seu país, quando o Príncipe Regente, D. Pedro, por decreto de 23 de maio de 1821, legislou sobre a prisão dos criminosos e, pelo decreto de 18 de junho de 1822, determinou que os abusos da liberdade de imprensa fossem julgados por juízes de fato. Tais leis, contudo, ainda que de certa maneira atingissem o direito penal, elas claramente melhor se incorporariam entre as de direito processual penal.

Proclamada a Independência, em 4 de março de 1823, o Imperador D. Pedro I abriu solenemente os trabalhos da Assembléia Nacional Legislativa Constituinte, que a viria ser dissolvida em 12 de novembro desse mesmo ano. Por Carta de Lei de 25 de março de 1824, o Imperador outorgou a Constituição, que viria se constituir na única do período imperial. Essa constituição, segundo vários historiadores, apresentou-se muito mais liberal do que aquela que vinha sendo elaborada pela Assembléia Constituinte. No que respeita ao direito penal, o art. 179 fixou regras que teriam de ser, posteriormente, observadas pelo legislador ordinário, e que, desde logo, alteravam todo o sistema penal, ou, como observou Basileu Garcia, em face da estreita ligação do direito penal com o direito constitucional, a Carta "traçou diretrizes renovadoras" para o direito penal que viria a se instituir. "O

espírito que dominou o Código Criminal do Império está antecipado na Constituição de 1824<sup>(1)</sup>. As idéias liberais que chegavam até nós, a propaganda individualista que se desenvolvia, quase que simultaneamente, na França e nos Estados Unidos, deveriam orientar toda a formulação da legislação da novel nação. Elas não faltaram na Constituição e nem poderiam, por razões óbvias, ser excluídas do Código Criminal.

No seu art. 179, a Constituição de 1824 estabeleceu regras e princípios que reafirmavam a sua concepção liberal, que efetivamente norteava a figura ímpar, e muitas vezes contraditória, do Imperador. Assim, de se destacar: Item II - "Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública", onde se apresentava claramente as idéias de Jeremias Bentham, para quem os sistemas legislativos deveriam orientar-se pela utilidade, enquanto o item III fixava o princípio da irretroatividade da lei, que constitui uma das mais preciosas garantias dos direitos humanos de liberdade. Além desses dispositivos, outros de extrema importância foram explicitados: item XIII - "A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um"; item XIX - "Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis"; item XX - "Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja"; inciso XXI - "As Cadêas serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes".

Era, pois, sob a ótica das idéias iluministas que provinham de outras plagas, e que aqui se encontravam presentes, inclusive no espírito do Imperador, que as introduziu na Carta que outorgou, que deveria se alicerçar a primeira codificação penal brasileira, a qual deveria ser fundada

"nas sólidas bases da Justiça e da Equidade" (item XVIII). Por conseguinte, o nosso Código Criminal de 1830, que tanto encantou a cultura jurídico-política de sua época, tinha suas linhas mestras fixadas na Constituição.

Em abril de 1827, o Imperador, que já havia, em 11 de setembro de 1826, por lei, proporcionado aos réus meios de usarem o recurso da graça, enfatizava a necessidade de urgência na elaboração das codificações penal e civil. No mês seguinte, maio, já no dia 4, o Deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos, e, dias após, o Deputado Clemente Pereira, apresentavam projetos de Código Criminal.

O projeto de Bernardo de Vasconcellos continha tanto a parte de direito penal como a de processo, apresentando-se, por consequência, como mais completo. De formação ideológica liberal, conquanto adaptado às concepções escravocratas aqui vigentes na época, era o autor formado em direito por Coimbra, onde fora aluno de Pascoal de Mello Freire, ressoando "perante ele as pregações liberais desse mestre, que recebera o influxo da obra de Beccaria. Se por outras várias formas não se explicasse, aí teríamos justificada a repercussão do individualismo no Código do Império"<sup>(2)</sup>.

Conquanto o seu projeto não deixe de apresentar alguns pontos de conceituação kantiana quanto à pena, mesmo assim ali já se sustentava que a pena deveria adequar-se à sensibilidade do ofendido, com o que se inspirava nas idéias de Jeremias Bentham, para quem a sexta regra da pena estava assim estabelecida: "A mesma pena não deve ser infligida para o mesmo delito a todos os delinqüentes, sem exceção. É necessário considerar-se as circunstâncias que influem sobre a sensibilidade"<sup>(3)</sup>. A idéia de Bentham foi acolhida pelo artigo 19, *verbis*: "Art. 19 - Influirá também na agravação ou atenuação do crime a sensibilidade do ofendido".

A Câmara dos Deputados designou uma Comissão para que examinasse os dois Projetos;

- (1) Basileu Garcia. Instituições de Direito Penal, Max Limonad, São Paulo, 1954, vol. I, p. 118-119.
- (2) Basileu Garcia, op. cit., p.121.
- (3) Théorie des peines et des récompenses, ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais Dumont, 3<sup>ème</sup> édition, tome 1<sup>er</sup>, Paris, 1825, p. 31.

todavia, essa comissão limitou-se apenas a recomendar a impressão de ambos em 14 de agosto de 1827, que mereceram elogios amplos, conquanto recomendasse que, quando dos debates se tomasse em consideração o trabalho de Bernardo de Vasconcellos. Essa Comissão estava integrada por José Antônio da Silva Maia, Cândido José de Araújo Vianna, José da Costa Carvalho, M.D. de Almeida e Albuquerque e João Cândido de Deus e Silva. Entrementes, João Clemente de Vieira Souto fizera chegar à Câmara uma tradução do Projeto de Código Penal para a Lousiana, região que mais tarde seria incorporada aos Estados Unidos da América do Norte. No ano seguinte, a Câmara recebeu cópia original desse projeto, que foi incontinentemente remetida à Comissão Especial<sup>(4)</sup>.

Em junho de 1828, optou-se pela criação de uma Comissão bicameral para estudarem-se os dois projetos. Esta, em 31 de agosto de 1829, tendo assinalado que havia seguido a sugestão da Comissão que fora constituída antes pela Câmara dos Deputados, no sentido de adotar-se como ponto de partida o Projeto Bernardo de Vasconcellos, sem deixar de levar em consideração o Projeto Clemente Pereira, ofereceu o seu parecer, do qual extraímos o seguinte tópico: "A comissão das duas Câmaras encarregada de examinar os dois projectos do Código Criminal, oferecidos pelos srs. Vasconcellos e Clemente Pereira, tomou por padrão de sua discussão o 1.º, como havia indicado a primeira comissão da Câmara dos Deputados, tendo sempre à vista e na devida consideração o 2.º; e, empregando em negocio de tanta importância todo o seu desvelo compatível com o trabalho ordinário das Câmaras, fazendo as alterações que lhe pareceram convenientes, e avaliando em mais o damno da demora que o das imperfeições, que com vagar se pode corrigir, apressa-se a apresentar o resultado de seus trabalhos no projecto novamente redigido. A comissão desejou supprimir

a pena de morte, cuja utilidade rarissimamente compensa o horror causado na sua aplicação, principalmente no meio de um povo de costumes doces, qual o brasileiro; porém, o estado actual da nossa população, em que a educação primaria não póde ser geral, deixa vêr hypotheses em que seria indispensavel: tendo a consolar-se desta triste necessidade com a providencia da lei, que prohibe a execucao de tal pena, sem o consentimento do Poder Moderador, que seguramente o recusará quando conviér a substituição. A comissão não recommenda como obra perfeita o projecto oferecido, nem tanto é dado a homens; mas comparando-o com a legislação actual, não receia afirmar a sua utilidade, e mesmo necessidade de ser adoptado. Nós não temos Código Criminal, não merecendo este nome o acervo de leis desconexas ditadas em tempos remotos, sem o conhecimento dos verdadeiros princípios, e influidas pela superstição e por grosseiros prejuizos, igualando as leis de Draco em barbaridade, e excedendo-as na qualificação absurda dos crimes, irrogando penas a factos a que a razão nega existencia e a outros que estão fóra dos limites do poder social"<sup>(5)</sup>.

Podemos afirmar que, com exceção da pena de morte, que se achava, também naquela época, em grande evidência, pouca discussão envolveu o projeto elaborado por essa Comissão, que estabeleceu uma redação na qual se mantinha a pena de morte e a de galés. Na Câmara dos Deputados, organizou-se uma outra comissão, esta com a finalidade de dar uma redação definitiva ao projeto, que foi composta por A.P. Limpo de Abreu, F. de Paula e Souza e Luiz Cavalcanti. Com a redação final, em 10 de setembro de 1830 iniciou-se a discussão plenária, durante a qual acolheu-se emenda proposta pelo Deputado Rêgo Barros, quando se suprimiu a pena de morte para os crimes políticos. Contudo, a pena capital e a de galés ficou mantida para os crimes comuns, patrocinada que foi pelos con-

(4) Lembra Zaffaroni que "provavelmente tratava-se da edição francesa de 1825: Rapport sur le projet d'un Code Pénal, fait a l'Assemblée Générale de l'Etat de la Louisiane, par M. Edouard Livingston, suivi des observations sur les conditions et des notes par M. A. Taillandier ... A. Paris..., 1825" (Eugenio Raúl Zaffaroni in Siglo y Medio de Codificación Penal en Iberoamerica (em parceria com Manuel de Rivacoba y Rivacoba), Colección Temas, Ed. Edeval, Valparaíso, 1980, p. 33, em nota).

(5) Cfr. O Centenário do Código Criminal (artigo) elaborado Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, publicado pela Revista Justitia, São Paulo, vol. 109, abr./jun. 1980, p. 32.

servadores. Este fato foi assim narrado pela pena de Basileu Garcia: "Nas portas parlamentares sobre o extremo suplício, o grupo conservador propugnava-lhe a admissão no Código; outro grupo, dos liberais, se opunha. Venceram os conservadores por pequena maioria. O seu argumento principal era a criminalidade do elemento servil, muito difundida. Entendiam que, sem a aludida pena, não se manteria a ordem entre os escravos, os quais, pelo seu teor de existência, seriam indiferentes a outros castigos"<sup>(6)</sup>.

Em 19 de outubro de 1830, deu-se redação definitiva ao Projeto, não sem antes recolher-lhe outras observações que foram apresentadas, e, três dias após, foi o mesmo aprovado pela Câmara dos Deputados, que, em 26 de novembro desse mesmo ano, recebeu comunicação do Senado de que o Projeto fora aprovado sem modificações, subindo à sanção do Imperador. Em 16 de dezembro desse mesmo ano, nono da Independência e do Império, foi o código promulgado. A chancela imperial foi referendada por João Caetano de Almeida França, Visconde de Alcântara, que o fez publicar em 8 de janeiro de 1831 após registro à fl. 39 do Livro 1.<sup>o</sup> de Leis, da Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, em 7 desse mesmo mês.

## 2. MODELOS QUE INFLUÍRAM NA ELABORAÇÃO DO CÓDIGO DO IMPÉRIO

Muito embora se possa afiançar, com absoluta segurança, não ter a nossa primeira codificação penal se prendido a algum modelo de legislação ou de projetos existentes, e, portanto, ser ela original, é evidente ter ela sofrido, em alguns passos, influências das idéias dominantes na época. Como já assinalamos, idéias iluministas já se apresentavam nitidamente na Carta Constitucional de 1824, e, que esta, de

várias maneiras, estabelecera a linha do pensamento a ser seguida pelo legislador ordinário na elaboração da legislação da novel nação. Dentre essas influências, saltam nitidamente as decorrentes dos Projetos Mello Freire e de Livingston, o primeiro encomendado pelo governo português, e que foi entregue em 1786, e o segundo, destinado à Lousiana, que foi apresentado em 1825.

Pascoal José de Mello Freire, considerado como "o príncipe dos juriconsultos portugueses" por A. J. Silva Abranches, foi professor na Universidade de Coimbra, justamente num período em que o ensino não abrangia o direito lusitano, desde o advento das Ordenações Afonsinas, o que "por um lado criava um abismo entre a escola e o foro" e "acentuava, por outro, o desuso do direito nacional nos tribunais do reino"<sup>(7)</sup>. Forjado nas mais puras concepções iluministas, Mello Freire sofreu extrema influência de Beccaria, Filangieri, Grócio, Pufendorf, Montesquieu, Voltaire, Püttman, Paulo Rizzi, Felipe Maria Renazzi, Blackstone, Servant, Bentham, entre outros, muitos dos quais vêm citados na apresentação do seu Projeto de Código Criminal, onde ele dá uma clara idéia da sua formação cultural e da tendência iluminista que orientava o seu trabalho e a sua obra, em geral.

Foi exatamente este homem, tão bem posicionado nas idéias do seu tempo, a pessoa a quem D. Maria I entregou a tarefa de elaborar um projeto de lei que viesse reformular as vetustas Ordenações Filipinas. Não se poderia ignorar ser Pascoal José de Mello Freire, muito provavelmente, o maior representante das idéias iluministas que, no desempenho de sua atividade docente, atuava com a firme intenção de modernizar o direito de seu país, particularmente o direito penal, onde as idéias de Beccaria e Fi-

(6) A aplicação da pena de morte aos escravos, admitida pelo Código, permitiu a ocorrência de um irreparável erro judiciário ocorrido em Vassouras, e que envolveu o escravo Manoel Congo. Este sequer pode valer-se do pedido de graça que a legislação vigente admitia. Dito escravo foi morto em 6 de setembro de 1839. Para melhor exame, consulte o livro *Inssurreição Negra e Justiça*, pesquisa realizada por João Luiz Pinaud, Carlos Otávio de Andrade, Salete Neme e Maria Cândida Gomes de Souza, Edição Expressão e Cultura e Ordem dos Advogados do Brasil - RJ, 1987. Expressando-se sobre o julgamento, o co-autor Pinaud afirma que Manuel Congo foi "oficialmente assassinado".

(7) Antônio Manuel Hespanha. *Apontamentos de História do Direito Penal Português*, Coimbra, 1970-71, datilografado por João Abranches, p. 273.

langieri afloravam com muita nitidez, fazendo-o através de uma interpretação corretiva, muitas vezes árdua, no sentido de limitar a crueldade de certas instituições jurídico-penais então vigentes.

Diante de suas concepções, o projeto encomendado não poderia mesmo ser sancionado, muito embora, como informa Augusto Thompson, tivesse o autor feito várias concessões, que violentavam as suas mais íntimas convicções. Confrontando o projeto com as *Institutiones Juris Criminalis Lusitani*, o autor patricio ressalta "ser aquele o resultado de um trabalho extremamente sutil no sentido de, fugindo ao choque declarado com as idéias dominantes, abrir nelas brechas capazes de permitir-lhes a reforma. Com alguma freqüência, encontramos o projeto a acolher regras contra as quais as *Instituições* são implacáveis (v.g., admissão da pena de infâmia e de morte atroz, punição de delitos religiosos, reconhecimento de diferença de tratamento em razão da qualidade das pessoas etc.): é o jurista sucumbindo ao legislador"<sup>(8)</sup>. Muitas das concepções que teve Mello Freire de admitir a contra-gosto, a própria Constituição já as havia afastado, o que facilitou a tramitação dos Projetos Clemente Pereira e Bernardo de Vasconcellos, até porque, entre o primeiro e os dois últimos, já se havia passado quase meio século.

A classificação dos delitos no Código imperial é um reflexo da adoção, pelo legislador nacional, do Projeto Mello Freire, como se poderá confrontar. Vejamos a maneira como dispunha o projeto do professor lusitano: "Em razão do seu objecto, os crimes ou são públicos, como aquellos que offendem a sociedade e interesse publico, quais são os religiosos, moraes, e os civis políticos; ou particulares, que offendem o direito e particular interesse de cada hum: e ou são communs a todos os homens ou privilegiados e proprios de certa ordem e classe de pessoas".

O Projeto Mello Freire também influenciou na fórmula adotada pelo Código imperial quanto à legítima defesa, que no Projeto apresenta a idéia de forma embrionária e que o legislador patricio

desenvolveu com maestria, mas fiel ao pensamento que lhe deu origem: "Não commete delicto o que em sua justa e necessaria defesa ferir ou matar, não excedendo o modo". O Projeto também incorporava o estado de necessidade, embora o resumisse a uma única hipótese, a do viajador que tome o necessário para a conservação de sua própria vida. A legislação portuguesa projetada também continha uma disposição expressa acerca da embriaguez, que não constituía escusa e nem atenuante, mas sim agravava o delicto, critério que o nosso Código temperou, admitindo atenuação da pena, quando se pudesse afastar a embriaguez pré-ordenada, a voluntária e a contumaz (art. 18, parágrafo 9.º). No geral, o Projeto adotava um rígido sistema de penas fixas, antes do Código francês, este de 1871.

Em relação à Parte Especial, é de se notar que o Projeto Mello Freire não se separava de maneira nítida da Parte Geral, mesmo porque todo o projeto era composto de 66 títulos, dos quais os Títulos de I a IV formavam aquilo que hoje denominamos Parte Geral (dos delitos, das pessoas capazes de delinquir, dos agentes e cúmplices; das penas); o Título V ao XLIV formava a Parte Especial, e o XLV ao LXVI, a parte processual. Devemos recordar, agora, que o Projeto Bernardo de Vasconcellos abrangia as legislações penal e processual, tal como se passava com o Projeto do professor luso. O Código brasileiro, contudo, elaborado em período bem posterior, pode desvincular-se das ataduras que prendiam o Projeto lusitano às Ordenações, adotando uma postura bem mais moderna, e que mais se vinculava com as idéias professadas pelo professor conimbricense do que aquelas contidas no seu projeto de código encomendado pelo governo.

Influência sensível também sofreu o nosso Código das idéias contidas no Projeto de Edward Livingston para a Louisiana, apresentado em 1825. Embora não se tenha convertido em lei, esse projeto teve larga aplicação na legislação comparada, porque, como realça Zaffaroni, "freqüentemente foi tomado em consideração como fonte de inspiração parcial de outros textos"<sup>(9)</sup>.

(8) Augusto Thompson. Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro, RT, 1976, p.117.

(9) Eugenio Raúl Zaffaroni. Siglo y Medio de... (em parceria com Manuel de Rivacoba y Rivacoba), p. 36.

Edward Livingston nasceu em Clermont, Estado de Colúmbia, em 28 de maio de 1764. Em 1820 foi eleito representante na legislatura de Louisiana, que, no ano seguinte, lhe encomendou a revisão do Código Penal. O projeto que apresentou em 1825, depois de ter perdido num incêndio todo o trabalho já realizado, e que teve de ser reiniciado, era muito mais do que uma reforma do Código Penal, posto que abrangia a reforma de todo o sistema legislativo penal. Sua obra está dividida em cinco partes, a saber: a) um código de crimes e penas ("Code of Crimes and Punishment"); b) um código de processo ("Code of Procedure"); c) um Código de Provas ("Code of Evidence"); d) um Código sobre a reforma e disciplina das prisões ("Code of Reform and Prison Discipline"); e e) um livro de definições ("Book of Definitions"). Quanto à infra-estrutura, a proposta de Livingston abrangia uma casa de detenção, uma penitenciária, uma casa de asilo (albergue) e indústria e uma escola reformatória, que seriam dirigidas por uma equipe de inspetores.

O labor de Livingston assume grande significação quando se examina o conceito preventivo da pena. As idéias que manifesta no seu projeto eram de cunho pragmático, pois, conquanto aceitasse as idéias utilitaristas de Bentham, mitigou-as através da adoção de critérios jusnaturalistas e idealistas, razão pela qual o seu pragmatismo se reveste de um particular equilíbrio. Além da pena de morte, que pioneiramente postulou a sua abolição, acompanhando estas estariam todas as penas infamantes ou que pudessem estigmatizar o delinqüente. Vivenciando uma sociedade escravocrata, mantinha para os escravos a pena de morte, posicionamento que também acabou por ser adotado pelo nosso Código imperial, como já assinalamos. O Projeto Livingston também não abrangia os delitos cometidos pelos indígenas em seus territórios, quando eram governados pelos seus próprios costumes. Por outras palavras, a legislação que projetou respeitava a cultura indígena, muitas vezes violentada na evolução que se

processou nos últimos séculos e que, ainda hoje, vem sendo violada pelo homem branco, a quem se denomina civilizado.

Tratava-se, portanto, de um Código dirigido a uma sociedade estratificada e que correspondia expressamente a essa estratificação, lembra Zaffaroni. O nosso Código, porém, nesse passo não seguiu o Projeto Livingston, conquanto também se destinasse a nova legislação a servir a uma sociedade também estratificada, que mantinha as mesmas características de seus tempos de colônia<sup>(10)</sup>.

Em algumas dessas passagens, o Projeto Livingston revela a influência do Código de Feuerbach, ou seja, o Código da Baviera, de 1813. Isto é fácil de se constatar, quando se vislumbra a presunção do dolo e do erro na execução do delito. Talvez por isso, muitos autores nacionais têm destacado a influência do Código da Baviera na elaboração do Código de 1830, e, mesmo as idéias de Bentham, que se vislumbram, provavelmente se devem a esse trabalho de Livingston. É que ele mesmo confessa ter relido a obra de Bentham, a quem escreveu dando-lhe conta de que foram seus escritos que haviam-lhe ordenado suas idéias e o levado a considerar a legislação "como uma ciência governada por certos princípios". Segundo Charles Lucas, nos primeiros bosquejos de seu belo monumento, que iria elevar a legislação penal, Livingston escreveu sobre o frontispício das reformas: "Abolição da pena de morte e sistema penitenciário"<sup>(11)</sup>.

Alguns autores, muitas vezes sem explicitar quando e onde, têm assinalado a influência do Código francês de 1810 e do Código Napolitano de 1819, como, aliás, o fizemos na primeira edição desta obra. Hoje, embora assinalado o fato, salientamos que é bem mais provável que essa influência derive do Projeto de Mello Freire, anterior ao Código francês, mas que refletia as idéias iluministas da época, das quais também se serviu a legislação francesa da época, inclusive o Código Napoleônico de 1810.

(10) V. a respeito, Zaffaroni. Siglo y Medio de Codificación cit., p. 36.

(11) V. a respeito a obra de Zahidê Machado Neto. Direito Penal e Estrutura Social (comentário sociológico ao Código Criminal de 1830) São Paulo, 1977.



### 3. AS FALHAS APONTADAS NESTA LEGISLAÇÃO

É evidente que essa legislação possuía defeitos, como, aliás, já vaticinara a Comissão nomeada pela Câmara, ao ofertar o seu parecer parcialmente transcrito. Não definia a culpa, mencionando apenas o dolo (arts. 2.º e 3.º), conquanto no art. 6.º a ela se referisse, capitulando logo mais adiante crimes culposos (arts. 125 e 153), olvidou o homicídio e as lesões corporais culposas. Essa omissão só veio a ser suprida através da Lei 2.033, de 1871. Contudo, é de se ressaltar que o silêncio do Código, na época em que veio a lume, pouco ou nada significava, pois a importância dos crimes culposos só surgiu com o advento das máquinas, com os meios de transporte e da evolução da indústria, quando, então, situações perigosas passaram a se apresentar e reclamar o que hoje denominamos cumprimento do dever objetivo de cuidado<sup>(12)</sup>. Também estaria a merecer críticas por ter sucumbido às idéias predominantes na época, em que se valorizava a pena de morte, principalmente como meio de submissão do braço escravo, sobre o qual repousava, em grande parte, a nossa incipiente economia. Com isso espalhou-se a desigualdade no tratamento entre homens, mas, é bem verdade, o escravo era apenas rês que pertencia ao seu senhor. Tudo isso, embora a Constituição consagrasse o princípio da igualdade de todos perante a lei. ("A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue" — art. 179, item XIII).

Escrevendo acerca dessa realidade, e apoiando-se em Noé Azevedo, diz textualmente Magalhães Noronha: "Disponha esse diploma que, praticado um crime por escravo, contra homem livre (brancos, pardos ou pretos livres), reunia-se imediatamente o júri do termo em que o mesmo ocorrera, proferindo sentença, após breve processo, a qual, ainda que fosse de condenação à morte, seria executada sem recurso".

Dela, o ilustrado jurista Noé Azevedo diz: "Entregar a vida dos escravos ao júri de um termo, onde o senhor de engenho mandava como um régulo, era evidentemente o mesmo que dar ao senhor *jus vitae necisque* sobre essa gente, tal como na antiga Roma". Dito diploma vigorou até 1886<sup>(13)</sup>.

O Código imperial sofreu outras séries críticas de escritores nacionais de seu tempo, dentre os quais Tobias Barreto, tido como o mais lúcido penalista brasileiro do período imperial. Outros também o criticaram, como João Vieira de Araújo, Braz Florentino e Paula Pessoa. Tomaz Alves Júnior, um de seus críticos, assevera que "o método, plano ou sistema seguido pelo Código não é, sem dúvida, isento de defeitos, que não mereça sério estudo para a sua reforma"<sup>(14)</sup>. Mas não nos parece muito sensata a crítica feita ao nome que se deu ao Código, Código Criminal, quando poderia optar por Código Penal. Aliás, ainda hoje, na doutrina, os autores usam indiferentemente as duas denominações para os seus tratados e manuais, sem que isso assumira alguma significação importante<sup>(15)</sup>.

### 4. A ORIGINALIDADE DO CÓDIGO

O nosso Código imperial trouxe para o mundo jurídico-normativo várias inovações, que Roberto Lyra assim numera:

1.º no esboço da indeterminação relativa e de individualização da pena, contemplando, já, os motivos de crime, só meio século depois testado na Holanda e, depois, na Itália e na Noruega;

2.º na fórmula da cumplicidade (co-delinquência como agravante) com traços do que viria a ser teoria positiva a respeito;

3.º na revisão da circunstância atenuante da menoridade, desconhecida, até então, das legislações francesa, napolitana e adotada muito tempo após;

(12) E. Magalhães Noronha. Direito Penal (introdução e parte geral), vol. 1, Saraiva, São Paulo, 1978, p. 66.(13).

(13) Idem, ibidem, p. 67.

(14) Thomaz Alves Junior. Anotações Theóricas e Práticas ao Código Criminal, Ed. Francisco Luiz Pinto, Rio de Janeiro, 1864, tomo I, p. 37.

(15) Thomaz Alves Junior, op. cit. I/71.

4.º) no arbítrio judicial no julgamento dos menores de 14 anos;

5.º) na responsabilidade sucessiva nos crimes por meio da imprensa antes da lei belga, e, portanto, esse sistema é brasileiro e não belga, como é conhecido;

6.º) a indenização do dano *ex delicto* como instituto de direito público, também antevisão positivista;

7.º) na imprescritibilidade da condenação<sup>(16)</sup>.

A maior inovação, contudo, pelo menos na nossa maneira de ver, está na adoção do dia-multa, que só agora retorna ao nosso sistema de penas. Muito embora já Mello Freire e Filangeri tivessem considerado ser fundamental que a multa se adequasse à capacidade econômica do sentenciado, foi o nosso Código de 1830 que criou o sistema do dia-multa, que, hoje, os europeus denominam sistema nórdico, e assim também o fazem, por falta de cultura histórica, alguns de nossos autores. O art. 55 do nosso Código estatui: "A pena de multa obrigará os réus ao pagamento de uma quantia pecuniária, que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada dia pelos seus bens, empregos ou indústria, quando a lei especificadamente a não consignar de outro modo"<sup>(17)</sup>. Escrevendo acerca desse dispositivo do Código brasileiro, assim se manifestaram Chauveau Hélie: "Le législateur du Brésil a adopté un autre système; l'art. 55 de son code pose un principe général ainsi conçu: "La peine de l'amende obligera les coupables au payement d'une somme

pecuniaire qui sera toujours réglée selon se que les condamnés peuvent retirer chaque jour du revenu de leurs biens, emplois ou industrie". "Si ce principe peut se traduire dans une application fidele", prosseguem os autores, "la question de la mesure des amendes peut-être considérée comme résolue; car, avec une telle regle, l'amende cesserait d'être illusoire pour le riche et accablante pour le pauvre: elle peserait du même poids sur toutes les classes de la société". E, em outra passagem, os mesmos autores assim se manifestaram: "Le législateur du Brésil a été moins loin: l'amende dans son code, n'atteint que les revenus du délinquant. Cette dernière regle est peut-être plus conforme au principe fundamental de cette matière. L'amende en effet, rencontre des limites dans sa propre nature; si elle est exagérée, si elle atteint le capital, ce n'est plus une amende, mais une confiscation partielle"<sup>(18)</sup>. Discordamos, apenas, dos autores, quando vislumbram na sanção pecuniária uma espécie de confisco, mas esta questão não merece ser aqui discutida.

## 5. REPERCUSSÃO DO CÓDIGO DE 1830

Mesmo com todos os defeitos assinalados, o Código Criminal do Império do Brasil teve expressiva repercussão na Europa. Provavelmente porque deixou de tipificar uma série de condutas que não atingiam a bens jurídicos alheios, estabelecia uma saída e progressiva demarcação de áreas entre a moral e o direito, vedava a aplicação da pena de morte para os crimes políticos, desenvolvia um grande avanço nas concepções liberais da época. Por estas e outras razões, em

(16) Roberto Lyra. Introdução ao Estudo do Direito Criminal, Ed. Nacional de Direito, Rio de Janeiro, 1946, p. 89.

(17) A respeito, escreve Mirabete: "Embora tida como sendo inspirada no sistema 'nórdico' ou 'escandinavo', como se afirmava na exposição de motivos do Código Penal de 1969 (Decreto-lei 1.004, de 21.10.1969), a pena pecuniária traduzida em dias-multa não é novidade em nosso Direito Penal, já prevista no Código Criminal do Império, em seu artigo 55..." (Manual de Direito Penal (parte geral) Atlas, São Paulo, 6. ed., 1991, 1/269. Outras inovações a se destacar são a introdução, no direito positivo, do instituto de *habeas corpus* (arts. 183 a 188), precedendo, portanto, a legislação processual que viria à lume em 1832, e a inclusão do crime de contrafação no art. 261. Como lembra Carlos Alberto Bittar, "com isso se consagrou, entre nós, a idéia da licença legal no campo do Direito de Autor..." (O Poder Legislativo e o Direito do Autor, separata da Revista de Informação Legislativa (Senado Federal), a. 26, n. 101, jan./mar. 1989).

(18) Adolphe Chauveau e Faustin Hélie. Théorie du Code Pénal, Bruylant, Christophe et Compagnie, Bruxelles, 1862, p. 104-106.

1854 foi traduzido para o francês por Victor Fouché. "Graças ao Código Criminal, afirma Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, parece que a língua portuguesa, túmulo do pensamento, no sentir desconsolado de Herculano, mereceu alguns cultores. Tê-la-ia estudado o belga Haus, para melhor lhe apreciar o estilo. Para o mesmo fim, paciente e germanicamente, Mittermayer teria, também, aprendido o português"<sup>(19)</sup>. "É compreensível que, pertencente a um país que politicamente nascia, devesse impressionar a juristas e legisladores, pelas idéias avançadas que continha", explicita Magalhães Noronha<sup>(20)</sup>. Verdade é que essa legislação, elaborada num país jovem, mal saído do jugo colonizador, foi, no dizer de Edgard Costa, "na América Latina, o primeiro Código Penal independente e autônomo, efetivamente nacional e próprio; a sua influência sobre a legislação espanhola e, através dela, sobre a

dos países latino-americanos foi forte e acentuada"<sup>(21)</sup>. Nenhum outro código desta parte do continente o sobrepujou.

Depois do Código Criminal de 1830, foi promulgado o Código de Processo Criminal de 1832, "outro momento legislativo que muito honra os nossos pendores liberais e democráticos"<sup>(22)</sup>, cuja estrutura e desenvolvimento histórico pode ser acompanhado em outro trabalho nosso, denominado *Processo Penal, evolução histórica e fontes legislativas*.

Dentre as leis penais posteriores ao Código, até o advento do primeiro código republicano, de 1890, foram promulgadas várias leis, dentre as quais merecem ser mencionadas as seguintes: 1) Lei de 4 de setembro de 1850, que cuidou da repressão do crime de tráfico de africanos; 2) Lei de 18 de setembro de 1851, sobre os crimes militares; 3) Lei de 20 de setembro de 1871,

(19) Artigo cit., p. 25.

(20) E. Magalhães Noronha, op. cit. I/67.

(21) Apud José Frederico Marques. *Tratado de Direito Penal (propedêutica penal e norma penal)*, Saraiva, São Paulo, 1964, vol. I/90. Luis Jiménez de Asúa confirma ter o Código espanhol de 1850 se inspirado, em boa parte, no Código Penal do Brasil, de 1830 (*Tratado de Derecho Penal*, Losada, Buenos Aires, tomo I, p. 174-177). Essa influência está referendada por José A. Sainz Cantero. *Lecciones de Derecho Penal* (parte general, I. Introducción), Bosch, Barcelona, 1982, p. 227; Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal*, cit., 1980, tomo I/375; Rodolfo G. Pessagno y Humberto P. J. Bernardi. *Temas de História Penal*, Perrot, Buenos Aires, 1953, p. 122-123. Em conferência que pronunciou a 3 de julho de 1930, no Instituto dos Advogados Brasileiros, Ladislau Thot, que lecionou na Universidade de La Plata, Argentina, afirmou, em resumo realizado por Vicente de Azevedo, que, "de feito, não lhe regateou encômios o mundo culto; serviu de modelo para diversas codificações, tanto na Europa como em maior número da América. O espírito e as idéias do Código brasileiro de 1830 passaram para quase todas as legislações penais da América Latina, sobreviveram ao próprio código e formam, ainda na atualidade, um direito vivo. Nisto consiste a sua importância e significação do ponto de vista de legislação comparada. Quem assim o afirma é o Dr. Ladislau Thot" (artigo cit., p. 25). A conferência na íntegra pode ser examinada no Arquivo Judiciário, vol. 15 (suplemento) e nas *Pandectas Brasileiras*, vol. 8.º, p. 119. Queremos assinalar que o trabalho de Thot pode também ser encontrado, sob a denominação de *Estudo histórico, jurídico e comparativo do Código Criminal de 1830*, no *Jornal do Commercio*, 4.7.1930. Dessa mesma época é o Código Penal de Santa Cruz (Bolívia), que teve vigência em seu país até 1973. Possui esse nome por estar ligado ao Presidente Andrés de Santa Cruz, que o promulgou. Neste Código, presentes estavam as idéias de Bentham e de Lardizábal, formadores das concepções do Código espanhol de 1822, e que teve vida efêmera em seu país, porque criticava a *Novíssima Recompilação*, que significava para o direito espanhol o mesmo que as Ordenações Filipinas, para Brasil, Portugal e suas colônias outras. É interessante salientar que o Código espanhol de 1822 só teve vida real nesta parte do continente, justamente na Bolívia. Assim, enquanto as concepções de Mello Freire só tiveram vigência no Brasil, as de Lardizábal, conhecido como "O Beccaria espanhol", só vigoraram na Bolívia. Para maiores informações, consulte-se nosso artigo O início da codificação penal iberoamericana, onde resumimos a conferência que pronunciamos em Valparaíso, Chile, em aula inaugural de 3 de novembro de 1980, publicada pela *Revista Justitia*, São Paulo, n. 109, 1980, p. 38-51.

(22) José Frederico Marques. *Tratado*, cit., I/90.

que define os crimes culposos e trata do estelionato, 4) Lei de 4 de agosto de 1875, acerca do direito penal internacional; 5) Lei de 15 de outubro de 1886, que refere-se a crimes de dano, incêndio e outros.

Com a abolição da escravidão, pela Lei Áurea, de 13 de maio de 1888, várias alterações atingiram o Código Criminal. Em face da nova realidade social, em 4 de outubro desse mesmo ano, Joaquim Nabuco apresentou projeto em que buscava a adaptação da lei penal à nova situação. O projeto sequer chegou a ser discutido, mas o deputado João Vieira de Araújo apresentou ao Ministro da Justiça um "anteprojeto de nova edição do Código Criminal", tendo sido indicada para estudar o trabalho apresentado uma comissão composta do Visconde de Assis Martins, José Rodrigues Tôrres Neto e do Conselheiro João Batista Pereira, recaindo a função de relator na pessoa deste último. Dita Comissão, através de ofício datado de 10 de outubro de 1889, opinou no sentido de que, em lugar de uma simples revisão, se fizesse a reforma completa da legislação penal, posto que se impunha "a urgente necessidade de reformar-se o atual regime de repressão". Diante de tais considerações, o Conselheiro Cândido de Oliveira, Ministro dos Negócios da Justiça, encarrega Batista Pereira de organizar o projeto reformista, missão que aceitou. Contudo, em 15 de novembro de 1889, era proclamada a República, e com ela uma nova ordem jurídico-política se instalou.

## 6. O CÓDIGO PENAL DE 1890 E OS MOVIMENTOS DE REFORMA

A proclamação da República interrompeu o trabalho que vinha sendo realizado por Batista Pereira. Todavia Campos Salles, Ministro da Justiça do Governo Provisório, renovou-lhe o encargo de preparar o novo Código, cuja incumbência foi aceita. Tinha pressa o Governo, que, apresandando-se em expedir o Decreto 774, de 20 de setembro de 1890, pelo qual abolia a pena de galés, reduzia a 30 anos as penas perpétuas, mandava computar a prisão preventiva na execução da pena e estabelecia a prescrição das penas<sup>(23)</sup>.

Batista Pereira desempenhou sua missão em pouco mais de 3 meses, tendo sido o projeto examinado por uma Comissão nomeada pelo Ministro da Justiça, que a presidiu, a qual iniciou, sem demora, os seus trabalhos, contando com a assistência do autor. Dessa Comissão fizeram parte José Júlio de Albuquerque Barros (Barão de Sobral), Francisco de Paula Belfort Duarte e Luís Antonio dos Santos Werneck. O Projeto foi adotado quase que na íntegra, posto que poucas foram as modificações, ressalvadas as de redação.

Em 11 de outubro de 1890, pelo Decreto 847, foi mandado observar o novo Código, mas nesse ano, o Decreto 1.127, de 6 de dezembro, o submetia à primeira reforma, com a revogação do artigo 411, substituindo o prazo único de seis meses aí estabelecido para ser executado por prazo progressivo.

Infelizmente, nosso estatuto, o primeiro do período republicano, estava muito distante do seu antecessor. "Naturalmente, devido à celeridade da sua elaboração, estava inçado de defeitos que se procurou ir corrigindo, por meio de inúmeras leis", diz Basileu Garcia, que tão bem vivenciou esse Código. A crítica, porém, lhe foi implacável, e, conquanto em muitos pontos ela se justificasse, em outros exsurtem mais como fruto da vaidade e da incompreensão. Dentre a crítica sensata, realizada com base científica, estava a de Antonio José da Costa e Silva, um dos maiores penalistas brasileiros deste século, vazada nos seguintes termos: "No concernente ao seu systema e ás doutrinas adaptadas, encontram-se esclarecidos da maior valia nos artigos publicados por seu autor na Revista de Jurisprudência, do Rio. O trabalho do distinto criminalista foi alvo das mais severas críticas, não raro exaggeradas e destituídas de razão. A prática incumbiu-se de pôr em evidência os seus não poucos e reaes defeitos. A necessidade de refundi-lo ou substitui-lo, de ha muito reconhecida, é hoje uma convicção geral. Para ella concorre, além da existência de numerosas leis extravagantes, a circunstância de que, no derradeiro trintenio, profundas transformações se vêm operando no dominio do direito

(23) Cfr. Galdino Siqueira. Tratado de Direito Penal, parte geral, Konfino, Rio de Janeiro, 1947, p. 74.

repressivo. Todos os povos que caminham à deanteira da civilização sentem que as suas leis penaes envelheceram. E procuram esforçadamente rejuvenesce-las, de harmonia com as aspirações da consciencia contemporanea, para que ellas se tornem mais efficazes na luta contra a criminalidade. O mundo inteiro ... renova e vivifica as suas leis penais, neste primeiro terço do século — diz insigne criminalista [Quintiliano Saldana, é a quem se refere]. Não podemos ficar estranhos a esse movimento quasi universal<sup>(24)</sup>.

Dentre aqueles que formularam as maiores e quase sempre exageradas críticas, são apontados os nomes de Carvalho Durão; João Monteiro, que chegou ao exagero de chamá-lo de "o pior de todos os códigos conhecidos"<sup>(25)</sup>; Plínio Barreto assim se manifestou: o Código de 1830 é "um trabalho que depõe em favor da capacidade legislativa nacional mais do que o Código de 1890, ora em vigência. Superior a este pela precisão e justeza da linguagem, constitui, para a época em que foi promulgado, um título de orgulho, ao passo que o de 1890, posto que é face da cultura jurídica da era em que foi redigido, coloca o legislador republicano em posição vexatória, tal a soma exorbitante de erros absurdos que encerra, entremeados de disposições adiantadas, cujo alcance não pode ou não soube medir"<sup>(26)</sup>.

Vejamos, agora, alguns dos defeitos apontados. Na Parte Geral, as críticas já abrangiam a definição de crime (art. 7.º); no art. 27 residia, muito provavelmente, a mais justificada crítica contra o Código. Tratava-se de uma dirimente que tinha a seguinte redação: "Art. 27. Não são criminosos: parágrafo 4.º. Os que se acharem no estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commeter o crime;". Este dispositivo, diz Magalhães Noronha, provocou grande celeuma, afirmando-se "que a disposição se referia a quem estava de fato impedido de qualquer atividade, pois outra não é a situação de quem se acha completamente privado dos sentidos e da intelligência. A explicação dada é que se tratava de erro tipográfico, sendo o vocábulo perturbação"<sup>(27)</sup>. Também muito se criticou o Código de 1890, pelo conceito que faz a tentativa, vasada nos seguintes termos: "Art. 13. Haverá tentativa de crime sempre que, com intenção de commettê-lo, executar algum actos exteriores que, pela sua relação directa com o facto punível, constituam começo de execução e esta não tiver lugar por circunstancias independentes da vontade do criminoso"<sup>(28)</sup>, mas, aqui, a crítica é totalmente improcedente.

Com relação à Parte Especial, é de se ressaltar que o Código de 1890, efetivamente, não obedeceu a um rigoroso espírito de sistema, e a

(24) Antonio José da Costa e Silva. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado, Cia. Editora Nacional, São Paulo, 1930, vol. I, p. II.

(25) Cfr. E. Magalhães Noronha, op. cit., I/69.

(26) Cfr. José Frederico Marques. Tratado, cit. I/92, em nota.

(27) E. Magalhães Noronha, op. cit., I/69. A respeito dessa dirimente, assim se manifestou Basileu Garcia: "Aboliu-se a malfada perturbação completa de sentidos e intelligência. Os cinquenta anos de vigência do Código de 1890 convenceram de que o preceito respectivo se prestava a toda sorte de abusos. A vida humana, especialmente, não tinha garantias por efeito das facilidades que essa dirimente proporcionava aos matadores (op. cit., I/325). Bento de Faria, por seu canto, assim se manifestou: "A absurda redacção ou equivocada orientação que dictou o texto que annotamos, a par das severas censuras que tem merecido dos doutos e competentes" (Antonio Bento de Faria. Anotações Theorico-Praticas ao Código Penal do Brazil, Papelaria União, Rio de Janeiro, 1904, p. 71.

(28) A respeito da crítica formulada ao conceito da tentativa, tivemos a oportunidade da seguinte manifestação: "O legislador de 1890 quis adotar um critério para fixar o limite do 'começo da execução', e, seguindo o Código argentino de 1886, procurou esse critério numa "relação directa com o facto punível". É interessante observar que, depois de quase 90 anos, os atuais Códigos alemão e austríaco de 1975 voltam a procurar esse limite na relação 'direta' ou 'imediate' com o facto típico (parágrafo 22 do Código Federal alemão e parágrafo 15, n. 2, do Código da Áustria), circunstância que deve ser valorada ao se fazer uma crítica aos artigos dos Códigos do Brasil de 1890 e da Argentina 1886" (Da Tentativa, José Henrique Pierangeli e Eugenio Raúl Zaffaroni, 2. ed., RT, São Paulo, 1988, p. 17).

técnica chega, às vezes, a ser lamentável. Como bem observou Magalhães Noronha, "causa pasmo o nome dado ao título referente aos crimes contra os costumes — 'Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor', onde estavam compreendidos como crimes contra a honra das famílias, o estupro de meretriz, o lenocínio etc., e, quanto ao estelionato, deixava para enumerar em 5.º lugar (art. 338, n. 5), o tipo básico ou fundamental do delito"<sup>(29)</sup>.

Em face do tempo que vigorou e em razão de seus reconhecidos defeitos, numerosas leis penais extravagantes foram editadas, no sentido de suprir as suas falhas e cobrir as suas lacunas. Com tal número de leis penais especiais, complementares ao Código, a consulta à legislação tornou-se tarefa extremamente árdua, mesmo para os profissionais do direito. O desembargador Vicente Piragibe, em 1932, executou trabalho de grande mérito e de larga expressão, sobre o qual Néelson Hungria assim se manifestou: "Com paciência beneditina e habilidade de um mosaísta, Piragibe coligira e entrosara no código de 90, sem quebrar-lhe a armação, toda a vasta e fragmentária legislação penal anterior"<sup>(30)</sup>. Desse percuciente trabalho resultou a Consolidação das Leis Penais, que foi oficializada pelo Governo pelo Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932, e cuja vigência só viria a ser interrompida definitivamente com o advento do Código Penal de 1940.

Muito embora, desde 1893, já se buscasse a reforma através do Projeto João Vieira de Araújo, "projeto que não está imune de falhas, carente de certo aspecto orgânico na estrutura a muitas vezes de linguagem exata e correta, mas que realizava sensível avanço sobre a legislação vigente"<sup>(31)</sup>, o Código "resistiu bem a tantas reformas apressadas, confusas e fragmentárias, o que constitui — di-lo Roberto Lira — o maior elogio a um trabalho de emergência como aquele"<sup>(32)</sup>. O Projeto Vieira de Araújo teve contra si,

desde logo, alguns pareceres, merecendo destaque o elaborado pelo Instituto da Ordem dos Advogados, redigido por Batista Pereira, e um outro, este severíssimo, elaborado pelo professor João Monteiro, que o fez em nome da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo. Um substitutivo, apresentado em 1899 pelo mesmo João Vieira, embora aprovado pela Câmara dos Deputados, não logrou seguimento no Senado.

Após algum tempo de calmaria, em 1910, o Ministro Esmeraldino Bandeira, através de um relatório, encarecia a urgente necessidade de substituição do Código, e, em 7 de janeiro de 1911, uma Resolução do Congresso autorizava o Governo a determinar a elaboração de um projeto nesse sentido, esforço que também não obteve êxito. Em 1912, quando era Ministro da Justiça Rivadávia Correia, voltou-se a cogitar o assunto, e a este apresenta, em 1913, Galdino Siqueira o seu projeto, que não veio a ser objeto de deliberação pelo Poder Legislativo. Em 1916, quando já se tinha por imperiosa a reforma do Código, o Instituto da Ordem dos Advogados, no Rio de Janeiro, encarecia a necessidade urgente de reforma, e, dois anos após, uma Comissão bicameral passa a discutir as bases de um projeto, que também não logrou regular andamento.

Por determinação do Governo Arthur Bernardes, o Desembargador Sá Pereira foi incumbido da elaboração de um projeto, cuja Parte Geral foi publicada no Diário Oficial de 10 de novembro de 1927, e, em 23 de dezembro de 1928, era apresentado o Projeto Completo, que trazia a Parte Geral modificada. Nesse projeto, era perceptível a influência do Projeto Stoos, para a Suíça, mas também se notava a aceitação de regras do Código Penal argentino, ainda em vigor hoje com modificações, dos projetos sueco e italiano, este o Projeto Rocco, que viria a se converter no Código Penal italiano de 1930, e que viria influir decididamente no nosso Código de 1940.

(29) E. Magalhães Noronha, op. cit. I/69.

(30) Néelson Hungria. Comentários ao Código Penal, 3. ed. Forense, Rio de Janeiro, 1955, vol. I, tomo 1.º, p. 64, em nota.

(31) Aníbal Bruno. Direito Penal, Forense, Rio de Janeiro, 1959, vol. I, tomo 1, p. 167.

(32) José Frederico Marques. Tratado, cit., I/92.

Muito embora se tratasse de obra digna do desenvolvimento da ciência jurídica brasileira, o Projeto Sá Pereira também não logrou aprovação. Submetido a duras críticas durante a realização da Conferência Brasileira de Criminologia, realizada no Rio de Janeiro, em 1936, o Projeto viu-se extremamente desgastado, e, com o golpe de Estado de 1937, que inclusive dissolveu o Congresso, não pode o labor de Sá Pereira ser naquele momento aproveitado. Dois outros Códigos completam o período republicano, que serão analisados separadamente.

Quanto ao Código de 1890, é de nossa obrigação esclarecer ser ele de cunho clássico, e nele se nos parece sensível a influência do Código italiano de 1889, o chamado Código Zanardelli, e do Código argentino de 1886, fundado no Projeto Tejedor, embora estivesse longe da organização sistemática do Código Zanardelli, este um dos melhores de seu tempo. O Código Zanardelli, um dos monumentos jurídicos do século XIX, também foi duramente criticado, principalmente por Lombroso e por outros positivistas, pois, como observa Grispigni, quando ele, o Código, entrou em vigor, já se via atacado nas suas dobradiças<sup>(33)</sup>, e também na velha Itália os movimentos positivistas pleitearam, desde logo, a reforma da legislação, mas, enquanto isso não ocorria, um grande número de leis penais extravagantes foi editado, procurando harmonizar a legislação que se fundamentava na Terza Scuola, e na Escola Positiva, que se apresentavam prevalentemente na doutrina. As situações, como se constata, entre as duas legislações guardam grande similitude, e, enquanto na Itália o Projeto Ferri, de 1920, também não lograva aprovação, a reforma de 1930, com o Código Rocco, trouxe consigo a vitória de idéias positivistas e idealistas aqui, em 1940,

e como se verá, essas idéias também se tornam vitoriosas, com a edição de um novo Código<sup>(34)</sup>.

## 7. O CÓDIGO PENAL DE 1940

Em 1937, por um ato de força, o Presidente Getúlio Vargas, com apoio do General Góis Monteiro, este Ministro da Guerra, e de outras patentes militares que com o Ministro tinham se reunido a 27 de setembro de 1937, resolveu romper com a ordem constitucional, sob fundamento de que, assim procedendo, se poria fim à ameaça comunista, que mesmo após a chamada Intentona Comunista, de 1935, ainda se fazia presente.

Estabelecido o regime ditatorial, a 10 de novembro de 1937, era outorgada uma Carta Constitucional, adremente elaborada, dando ao Presidente da República todos os poderes e uma infinidade de motivos para a intervenção nos Estados-membros. Essa Carta Outorgada, a segunda na ordem de imposição à Nação, chamada de "A Polaca", por ter adotado por modelo a da Polônia, e também de Carta do Estado Novo, criou uma nova ordem jurídico-política que, à época, vigia em alguns estados totalitários da Europa. Dela pode-se afirmar com absoluta certeza, que "corresponde à tendência fascizante da época, quando se encontram no auge os regimes de Hitler na Alemanha e Mussolini na Itália, repercutindo intensamente em Portugal (Salazar), na Espanha (Franco), na Romênia (Antonescu), na Hungria (Horthy) e na Polônia (Pilsudski). Deste modo, a Constituição de 1937 rompeu, no Brasil, com a tradição liberal imperial de 1824 e liberal republicana de 1891 e 1934"<sup>(35)</sup>. O melhor instrumento para valer a nova ordem é indubitavelmente o direito penal

(33) Filippo Grispigni. *Diritto Penale (introduzione e parte prima. Le norme penali sinteticamente considerate)*. Giuffrè, Milano, 1952, p. 78 e segs. Embora estruturado nas idéias democráticas e liberais, o Código Zanardelli fazia algumas concessões às concepções positivistas (nesse sentido, v. Arturo Santoro. *Manuale di Diritto Penale*, UTET, Torino, 1958, I/50).

(34) O Código de 1930, que se deve em grande parte ao trabalho desenvolvido por Manzini, Massari e Rocco, substituiu o Código Liberal de 1890, e, embora não se possa afirmar tratar-se de um Código fundado na Escola Positiva, valorizava extraordinariamente as mais significativas propostas dessa escola (Cfr. Santoro, op. cit., I/51). Por outras palavras, o Código Rocco possuía uma fortíssima coloração da referida escola, que, naquela época, lá e aqui, possuía inúmeros seguidores, alguns dos quais influíram poderosamente na Revisão do Projeto Alcântara Machado.

(35) Hélio Silva. *As Constituições do Brasil*, publicação da Rede Globo de Televisão, p. 90.

que se normatiza ao talante do opressor. Como lembra Francisco Muñoz Conde, "a norma penal se converte em motivo determinante do comportamento dos cidadãos e constitui um fator integrador dos distintos grupos sociais, quando protege valores ou bens jurídicos fundamentais nos quais creem e participam uma ampla base de cidadãos. Neste sentido, a norma penal pode ter, inclusive, um efeito benéfico na eliminação da 'marginalização'. Porém, a norma penal pode também ter um efeito contrário, como favorecedora e até mesmo causadora da 'marginalização', quando manipulada para proteger interesses minoritários ou quando, através dela, se priva os cidadãos de seus direitos fundamentais"<sup>(36)</sup> - (grifos nossos).

Instalada a nova ordem político-jurídica, o Ministro da Justiça Francisco Campos incumbiu o professor paulista Alcântara Machado de elaborar um projeto de Código Penal. A Parte Geral do anteprojeto foi entregue ao governo a 15 de maio de 1938, e era acompanhada de uma longa (20 páginas) e muitíssimo bem elaborada Exposição de Motivos, na qual, após reproduzir as advertências de Eurico Ferri, no seu ante-

projeto de 1920, e de Euzébio Gómez e Jorge Coll, em relação ao projeto de Código argentino de 1937, que, na justificação de seus respectivos trabalhos, formularam a seguinte advertência: "A eficácia plena da aplicação da nova lei dependerá de duas condições, que estão nas mãos do Governo realizar: a preparação especializada da magistratura e a criação de estabelecimentos destinados á readaptação de certos delinquentes, á reeducação de outros, ao tratamento de muitos".

O Projeto definitivo foi entregue em abril de 1940, já agora com modificações e nova redação dada à Parte Geral. Ao todo, o Anteprojeto Alcântara Machado possuía 390 artigos.

O Projeto Alcântara Machado também não foi transformado em lei, tendo sido submetido a revisão por uma comissão composta de Vieira Braga, Nélsion Hungria, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra, sob a presidência do Ministro Francisco Campos. Alcântara Machado, só depois da publicação pela imprensa é que tomou conhecimento dessa comissão e de sua composição, e isto ocorreu após a revisão realizada<sup>(37)</sup>. Embora se afirme ter Antonio José da Costa e Silva

(36) Francisco Muñoz Conde. A função motivadora da norma penal e "marginalização" (comunicação apresentada ao 9.º Congresso Internacional de Defesa Social, realizado em Caracas, de 3 a 7 de agosto de 1976), tradução de José Henrique Pierangeli, Revista Justitia, São Paulo, n. 116, 1982, p. 76. Em outra passagem, diz o conhecido penalista espanhol: "Abusa-se, assim, do direito penal como sistema de repressão, manipulando a norma jurídica penal em defesa de algumas minorias dominantes, pondo, por exemplo, a oposição à margem da lei, castigando os ataques aos bens jurídicos instrumentais — a propriedade privada, por exemplo — com a mesma gravidade, ou até mais gravemente, que os ataques à vida, à saúde ou à liberdade, ou considerando como 'direitos naturais, imutáveis e permanentes', o que não é mais que o interesse pessoal e egoísta dos que detém o poder". Nestes casos, prossegue, "poderíamos chamar como Roxin, de 'fuga ao direito penal'..." (p. 79).

(37) Pelo seu valiosíssimo conteúdo histórico, merece transcrição o relato que nos legou Galdino Siqueira: "Em abril de 1940, apresentou nova redação do projeto que retocara e modificara em vários pontos, e segundo declarou em introdução, com essa sobranceira só peculiar aos espíritos superiores, indigno seria do encargo que tomou sobre os ombros, se não reconhecesse, como lisamente reconheceu para logo, as lacunas e imperfeições do trabalho, e não procurasse remediá-las, reexaminando toda matéria e levando em consideração os reparos formulados por Enrico Altavilla, C. H. del Pozzo, Costa e Silva, Carlos Xavier e outras autoridades nacionais e estrangeiras. Ponderou também cuidadosamente as emendas aventadas pela comissão revisora.

Em sua grande maioria se contentava em modificar a linguagem do projeto. Viu-se forçado a repudiar as dessa natureza, por anódinas, quando não contraproducentes, conforme evidenciou em exposição anterior. Improcedentes lhe pareceram também as que importavam a subdivisão de alguns títulos, a supressão de outros, a ordenação diferente da Parte Especial. Várias, porém, da mesma origem, foram atendidas e aproveitadas, porque, de fato, melhoravam o projeto.

Da Comissão Revisora, a que se refere Alcântara Machado, não se sabia ao certo, oficialmente, de sua existência, e muito menos quais e quantos fossem seus membros, e sua Exposição de motivos,



composto essa comissão, o penalista paulista nega a sua participação, inclusive em face de sua precária condição de saúde, mas admite ter ofertado grande número de sugestões, algumas das quais foram aceitas e adotadas<sup>(38)</sup>.

Num trabalho limitado como é este, mas cuja finalidade precípua é a de conservar os fatos como eles efetivamente se teriam passado, seguindo para tanto os autores da época, competenos registrar a existência, ou não, de uma forte ligação entre o Projeto Alcântara Machado e o Projeto da Comissão Revisora, que veio a se tornar o nosso Código Penal de 1940.

O próprio Alcântara Machado assinalou que "esse projeto era na realidade um decalque do que formulara, este reaparecendo naquele, por mais que tentassem desfigurá-lo, mediante graves mutilações, enxertos insignificantes e emen-

das anódinas ou contraproducentes de redação. O que era pior: reproduzia muitos erros, que lhe haviam escapado e que havia anotado para corrigir oportunamente. E o que era bem significativo: trasladava diversos dentre os dispositivos criticados acerbamente por alguns dos revisores. Resolvera deixar sem comentários a obra da comissão, aguardando fosse convertida em lei, para então publicar lado a lado os dois textos. Desse intento foi, porém, demovido, porque, passando por São Paulo, em janeiro de 1940, o Sr. Presidente da República, e indagando pelo andamento do trabalho, incitou-o a prosseguir na tarefa. Diante disso, e unicamente por isso, abalançou-se à análise do projeto da comissão, mas somente da parte geral, dada a exigüidade de tempo, e no mês seguinte endereçou ao Ministro da Justiça uma longa exposição, para

---

subscrita pelo Ministro da Justiça e publicada juntamente com o novo Código Penal, em que se converteu o projeto, publicadas uma e outro no mesmo Diário Oficial, de 31 de dezembro de 1940, *é que se soube desse pontos ignorados*" (grifos próprios). Segundo a aludida Exposição de motivos, compunham a Comissão reformuladora do projeto dos juízes da justiça local "Vieira Braga, Néelson Hungria e Narcélio de Queiroz e o representante do Ministério Público, Dr. Roberto Lyra". E após tecer outras críticas ao comportamento dos homens do governo, diz ainda Galdino Siqueira: "Não é tudo: como dissemos, e cumpre bem acentuar, em sigilo se elaborou o novo projeto, convertido no código, nem o próprio autor do que se pretendia rever, foi convidado para tomar parte nas reuniões para isso destinadas" (Tratado, cit., I/79-81). O estilo rasteiro portanto, não é de hoje que vigora nos altos escalões de governo no nosso país!

(38) Entre os peritos organizadores dessa obra legislativa, diz Costa e Silva, foi incluído o meu obscuro nome. Esse fato me proporciona a oportunidade para explicar como e em que medida tive a honra de nela colaborar. Não vai nisso uma fútil expansão de vaidade. Quero apenas fornecer a quem deseje ficar conhecendo a maneira como foi realizada essa obra, sem dúvida merecedora dos elogios que lhe têm sido tributados, alguns elementos elucidativos. A publicação de parte do Projeto Alcântara (primitiva redação) deu lugar a que eu estampasse no Jornal do Comércio, do Rio de Janeiro, alguns reparos despertados pela leitura desse trabalho. Por motivo de somenos importância, resolvi não prosseguir na série de artigos que iniciara. Limitei-me a dois. Nomeada a comissão revisora por intermédio de um de seus mais ilustres membros, manifestou-se o ministro Campos o desejo de que eu continuasse a dar publicidade aos resultados do meu exame e dos meus estudos, o meu precário estado de saúde impediu-me de assumir um compromisso nesse sentido. Profintiquei-me, porém, a melhor boa vontade, embora com sacrifício, a remeter constantemente à comissão tudo o que a leitura do projeto me sugerisse. Cumpri a promessa como pude, a comissão organizou um substitutivo, deixando mais ou menos de lado aquele projeto. Foi esse substitutivo que serviu de base aos trabalhos futuros. Durante longos meses, quase quotidianamente, enviei à comissão meus subsídios. Tive a satisfação de ver que eles não foram inúteis. Não poucas idéias por mim expandidas encontraram feliz acolhimento. Das que não tiveram essa sorte, uma sobretudo daria ao Código feição ainda mais moderna e adiantada, se houvesse sido consagrada — a do repúdio a toda responsabilidade criminal sem culpa. A comissão apavorou-se com as conseqüências práticas da inovação. Sem bons motivos. Fica assim esclarecida minha modesta participação nessa grandiosa obra legislativa" (A. J. da Costa e Silva. Comentários ao Código Penal Brasileiro, edição revista e atualizada por Luiz Fernando da Costa e Silva, vol. I (parte geral), Contasa, São Paulo, 1967, p. 10, em nota).

evitar a consumação de clamoroso resultado contra a nossa cultura jurídica.

"Nossa exposição, que reproduz, na íntegra, encara o projeto da comissão em diversos aspectos — linguagem, onde assinala muitas incorreções e impropriedade de expressão; aspecto político, em face do novo regime; mutilações a granel; desumanidades; falta de sistemática; não punibilidade de crimes contra a personalidade do Estado". Informa mais "que dias depois, o ministro chamou-o ao ministério, mostrando-se vivamente impressionado com a crítica, e de acordo em vários pontos, terminando por solicitar que redigisse de novo o projeto, corrigindo-o nos tópicos que julgasse passíveis de melhoria e aproveitando, no que entendesse conveniente, as emendas da comissão. Daí por que fez publicar a Nova redação do projeto do Código Criminal do Brasil. De nada mais se teve notícia, constando apenas, como toda a gente, por sumariíssimos comunicados à imprensa diária, e depois pela Exposição de Motivos, que foi reencetada a revisão, então sob as vistas do ministro<sup>(39)</sup>.

Nélson Hungria, que compôs a comissão revisora, em conferência proferida e que fez publicar, afirma: "já disse e repito que é de toda verdadeira a comparação no sentido de que o Projeto Alcântara está para o Código Penal de 1940 como o Projeto Clóvis está para o Código Civil. Presentemente, estou coligindo e analisando todos os elementos que retraçam a elaboração do Código vigente: as três publicações feitas por Alcântara Machado, o texto da primitiva edição do projeto revisto, a réplica de Alcântara, a tréplica da Comissão Revisora e o texto do projeto definitivo. Pelo cotejo desses elementos, se verificará, sem contestação possível, que o cerne, o granito do projeto definitivo veio do Projeto Alcântara. Nem há porque disputar glórias em torno do nosso Código: antes de tudo e acima de tudo, é ele uma resultante da cultura jurídica

brasileira. Não é exclusivamente de alguém ou de um grupo: é do Brasil"<sup>(40)</sup>.

Costa e Silva diz que "o projeto Alcântara Machado foi, como se exprimiu o ministro Francisco Campos, um grande passo para a reforma da nossa lei penal. Nada mais do que isso. Entre ele e o Código se encontram numerosos pontos de semelhança: são aqueles em que ambos (às vezes com pouca felicidade) copiaram os seus modelos prediletos — o Código italiano e o suíço. Mas traços inconfundíveis os distinguem. Há mais originalidade na obra da comissão do que na do professor paulista. A sua técnica é mais perfeita"<sup>(41)</sup>.

Basileu Garcia assinala: "Na exposição de motivos do seu projeto, mostrou ele que os defeitos do de Sá Pereira tornavam aconselhável fosse formulado um esquema inteiramente novo. Com grande operosidade, sem se poupar a fadigas e com um dispêndio de energias que abreviou os dias da sua fecunda existência, embrenhou-se nessa tarefa ingente e ofereceu ao País trabalho de grande valia, que foi submetido a novos estudos, dos quais se originou o Código Penal... O Código não corresponde exatamente ao Projeto Alcântara Machado. Muitas modificações viscerais foram realizadas pela comissão revisora..."<sup>(42)</sup>.

O Código foi baixado com o Decreto 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1942.

Tendo em mãos o Projeto Alcântara Machado e o texto original do Código de 1940, temos por absolutamente correto o que diz a Exposição de Motivos, do Ministro Francisco Campos, de que "dos trabalhos da comissão resultou este projeto, embora da revisão houvessem advindo modificações à estrutura e ao plano sistemático, não há dúvida que o Projeto Alcântara Machado representou, em relação aos anteriores, um grande passo no sentido da reforma da nossa legislação penal. Cumpre-me deixar aqui consigna-

(39) Para a história da reforma penal brasileira, artigo publicado na Revista Direito, Rio de Janeiro, vol. VIII, p. 9-42. Transcrição que extraímos de Galdino Siqueira. Tratado de Direito Penal, parte geral, Konfino, Rio de Janeiro, 1947, I/81-82, nota n. 53.

(40) Comentários, cit., I, I.º, p. 73, em nota.

(41) Op. cit., vol. I, p. 9.

(42) Instituições de Direito Penal, cit., vol. I, tomo 1.º, p. 127.

do o nosso louvor à obra do eminente patricio, cujo valioso subsídio ao atual projeto nem eu, nem os ilustres membros da Comissão revisora deixamos de reconhecer" (Item 1).

Efetivamente, muitas modificações foram introduzidas no projeto elaborado pelo professor do Largo de São Francisco, mas é inegável que os trabalhos partiram de sua valiosíssima colaboração intelectual, que até hoje orgulha os seus colegas penalistas que lecionam, como nós, nas célebres Arcadas. O ufanismo, porém, não nos leva a deixar de reconhecer ter a Comissão Revisora melhorado o projeto original, inclusive quanto ao sistema adotado, elaborando, talvez, o melhor de todos os nossos Códigos de legislação penal, quanto ao sistema e à forma clara de sua exposição. Isto não significa ser ele perfeito, como demonstrou a doutrina que em torno dele se organizou nos últimos decênios.

A nossa doutrina, de uma maneira geral, afirma ser o Código de 1940 eclético, "pois concilia sob seu texto o pensamento do neoclássico e o positivismo"<sup>(43)</sup>. Nele, como salienta a Exposição de Motivos, "os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva", ou, como salienta Magalhães Noronha, "acende uma vela a Carrara e outra a Ferri"<sup>(44)</sup>, cujo caminho, entendia ele, deveria tomar as legislações contemporâneas. Aníbal Bruno diz que o Código se filiou à chamada corrente de política criminal. "Uma legislação que, ao lado da concepção objetiva do crime, acolhe a sua concepção sintomática, conduzindo ao dualismo culpabilidade — pena, perigosidade criminal — medida de segurança, mas fazendo sentir-se no Código um sopro salutar de realismo com consideração em mais de um ponto de personalidade do criminoso, que não é abstração, mas uma realidade natural-social. A política de transação ou conciliação, a que se refere a Expo-

sição de Motivos, permitiu que os traços de inspiração positivista dessem um aspecto novo e sadio à fisionomia geral do Código"<sup>(45)</sup>.

Embora não concordemos com a assertiva de Magalhães Noronha, de que o Código de 1940 "acendeu uma vela a Carrara e outra a Ferri", porque vemos no Código de 1940 uma maior concessão ao positivismo do que às idéias de Carrara e ao neoclássico, como um todo, verdade é que a ele não faltaram concepções carcerárias, como bem demonstrou Ivete Senise Ferreira. No Código de 1940 vislumbram-se os mais destacados traços do positivismo, ao que se ajunta o pior do neo-idealismo de Giovanni Gentile, que até nós chegou através do Código Rocco, quando se adotou o sistema do *doppio binário* — que ainda encontra defensores entre nós, certamente pouco ligados ao desenvolvimento da ciência do direito penal. Esse esquema, diz Zaffaroni, "se assenta no idealismo atual, quanto ao sistema do duplo binário, que pretende, com a pena, retribuir a "parte livre" da conduta e, com a "medida de segurança", neutralizar a "parte de determinismo" da mesma"<sup>(46)</sup>.

O Código de 1940 teve grande repercussão, tendo sido traduzido, juntamente com a Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, para o francês, por Niko Gunsburg, e para o espanhol, por Laureano Landaburu e Francisco Laplaza, bem como por Ramiro Fernandez Pintado<sup>(47)</sup>. Bem mais recentemente, foi traduzido para o espanhol por Eugenio Raúl Zaffaroni e Ricardo Levene Hijo, formando a compilação dos Códigos Penais Latino-americanos<sup>(48)</sup>.

## 8. O CÓDIGO PENAL DE 1969

Ao eminente penalista Néelson Hungria confiou o Governo Jânio Quadros, em 1961, a tarefa de elaborar o anteprojeto de Código Penal, que

(43) José Frederico Marques. Tratado cit., 1.º, p. 95.

(44) E. Magalhães Noronha. Direito Penal cit., I, p. 72.

(45) Aníbal Bruno. Direito Penal, cit., I, tomo I, p. 169-170.

(46) Eugenio Raúl Zaffaroni. Reflexões acerca do Anteprojeto de Lei referente à Parte Geral do Código Penal do Brasil (artigo), tradução de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Revista Ciência Penal, n. I, 1981, p. 14.

(47) Cfr. Néelson Hungria. Comentários cit., vol. 1, tomo I.º, p. 75, em nota.

(48) Códigos Penales Latino-americanos, La Ley, Buenos Aires, 1978, tomo I, p. 227-343. Dessa compilação contra também a Lei das Contravenções Penais e o Código de 1969 (p. 354 a 418).

foi apresentado ao governo e publicado pelo Decreto 1.490, de 8 de dezembro de 1962, dando-lhe ampla divulgação para que pudesse receber sugestões.

O Anteprojeto Néelson Hungria mantinha, basicamente, a mesma estrutura do Código de 1940, procurando apenas excluir os defeitos mais graves que aquele apresentava. Dignas de nota eram a eliminação da medida de segurança para os imputáveis e a adoção do sistema vicariante para os semi-imputáveis. Com bem observa Álvaro Mayrink da Costa, o anteprojeto "mantinha os critérios anacrônicos da legislação de 1940, agravando-os pela inspiração rigorista, convencido da necessidade de tornar a lei mais severa, seu autor propunha a elevação do mínimo da pena de reclusão para 40 anos (art. 35, parágrafo 1.º), limitando o poder discricionário do juiz na aplicação das agravantes e atenuantes (art. 55), e elevando as penas cominadas a diversos crimes na Parte Especial. Continuava a pluralidade das penas privativas da liberdade, o sistema de agravantes e atenuantes obrigatórias, inclusive a reincidência específica e a orientação do Código Penal vigente quanto às causas de aumento e diminuição da pena, na Parte Especial"<sup>(49)</sup>.

Muitas sugestões foram ofertadas pelas Faculdades de Direito, pelos Conselhos da Ordem dos Advogados, e, principalmente, durante o ciclo de conferências e debates realizados em São Paulo, sob os auspícios do Instituto Latino-americano de Criminologia, onde o grande penalista patricio teve a oportunidade de ouvir críticas ao seu trabalho e rebatê-las, aceitando algumas.

Em 1964, o Ministro Milton Campos designou uma comissão revisora, da qual fizeram parte, além do próprio autor do anteprojeto, Roberto Lyra e Hélio Tornaghi. Esta Comissão deveria revisar também os anteprojetos de Código de Processo Penal e de Execuções Penais. Pretendia-se, pois, numa única oportunidade, encaminhar ao Congresso os três projetos. Porém, em 9 de fevereiro de 1965, o próprio Ministro dissolveu essa comissão e designou outra, esta formada pelo próprio Néelson Hungria, Hélio

Tornaghi e Helene Fragoso, entregando a Aníbal Bruno a sua presidência.

O anteprojeto foi submetido a uma nova revisão, agora por nova comissão, que era composta por Helene Fragoso, Benjamin de Moraes Filho e Ivo D'Aquino, que deveria levar em conta "inclusive, a necessidade de uniformizar os textos dos projetos de Código Penal e Código de Processo Penal". Dentro dessa comissão, a Fragoso coube a tarefa de elaborar a Parte Geral da Exposição de Motivos, enquanto a Parte Especial foi entregue a Benjamin de Moraes Filho.

Enquanto muitas sugestões se prendiam mais à redação, algumas cuidavam de questões sumamente sérias, como a relação de causalidade, a imputabilidade e o erro. Como não se pretendia mesmo elaborar um Código inteiramente novo, até porque o próprio Governo considerava o Código de 1940 como a melhor de nossas codificações, sem que fossem acolhidas as principais sugestões, o novo estatuto foi convertido em Lei pelo Decreto-lei 1.004, de 21 de outubro de 1969, da Junta Militar que assumira o governo do nosso país nessa época.

O novo Código, contudo, sofreu inúmeros adiamentos para a sua entrada em vigor, pois o referido Decreto-lei 1.004, fixava a data de 1.º de janeiro de 1970 para que isso ocorresse (art. 407). Os adiamentos foram determinados pela Lei 5.573, de 1.º de dezembro de 1969, que fixou a nova vigência para 1.º de agosto de 1970. Porém, a Lei 5.597, de 31 de julho de 1970, alterou a vigência para 1.º de janeiro de 1972. Pela Lei 5.749, de 1.º de dezembro de 1971, estabeleceu-se novo adiamento, fixando a data para 1.º de janeiro de 1974. Finalmente, surgiu a Lei 6.063, de 27 de junho de 1974, que determinou que o novo diploma só entraria em vigor simultaneamente com o novo Código de Processo Penal. Antes disso, porém, pela Lei 6.016, de 31 de dezembro de 1973, impunha à versão original do Código várias e substanciais alterações. Comentava-se, à época, que fora remetido para a Imprensa Oficial um exemplar em que não constavam as alterações que a comissão havia estabelecido, o que motivou a reforma, antes mesmo da aplicação do novo estatuto penal repressivo.

(49) Álvaro Mayrink da Costa, op. cit., vol. I, tomo I, cit., p. 226.

Entre as críticas que recebeu, podemos mencionar a adoção da pena indeterminada, considerada uma inovação extremamente infeliz e a redução da idade de imputabilidade para 16 anos, fazendo-a depender de exame criminológico para a verificação da sua capacidade de entendimento e de autodeterminação, um dos pontos mais atacados durante o referido Congresso de Criminologia. Também não se viu com bons olhos a possibilidade da aplicação da pena do crime consumado para a tentativa em que o resultado assumisse gravidade excepcional, tese que fora, anos antes, defendida entre nós por Costa e Silva. Também a adoção do vetusto critério do erro de fato e erro de direito, quando já nessa época sua concepção era atacada por toda a doutrina moderna, que já estabelecia o erro de tipo e o erro de proibição, também recebeu contundentes críticas.

No entanto, o Código de 1969 mereceu elogios de Pietro Nuvolone, para quem "este Código apresenta-se, no momento histórico atual, como uma tentativa de aplainar conceitualmente antíteses substanciais, de indicar, aos esquemas tradicionais, com instrumentos diversos, novos caminhos para resolver o problema da luta contra a criminalidade"<sup>(50)</sup>. O Código Penal de 1969 acabou por ser, finalmente, revogado pela Lei 6.578, de 11 de outubro de 1978.

## 9. A REFORMA DE 1977

A vigência do Código Penal de 1969 sofria constantes adiamentos, enquanto se esperava a conclusão do Anteprojeto de Código de Processo Penal, o chamado Anteprojeto Frederico Marques, que passava por profunda revisão. Em 11 de outubro de 1978, pela Lei 6.578, culminou por ser ab-rogado. Esse fato, sob o aspecto histórico, ganha importância, pois o Código de 1969, que se assentou no Anteprojeto Néelson Hungria, convertido em lei, nunca teve efetiva

vigência no nosso país. Continuava, por conseguinte, o Código Penal de 1940 em plena vigência, embora houvesse sofrido ligeiríssimas modificações que, em nenhum momento, chegaram a mexer com a sua estrutura.

Em 22 de janeiro de 1977, o Governo Ernesto Geisel, que tinha por Ministro da Justiça o Dr. Armando Falcão, remeteu ao Congresso Nacional um projeto de lei que alterava substancialmente os Códigos Penal e Processual Penal, muito mais o primeiro, mas que também atingia as Leis das Contravenções Penais. Nesse projeto, as alterações propostas coincidiam, em pontos muito relevantes, com as recomendações da Comissão Parlamentar de Inquérito instituída na Câmara dos Deputados, relativas à problemática da Justiça Penal e à urgente reavaliação do sistema de penas privativas de liberdade, principalmente daquelas de curta duração.

Dentro da finalidade que buscava, a Lei 6.416/77 atingiu parcialmente os seus objetivos, pois, evidentemente, atualizou o nosso sistema penal, embora devesse ir um pouco mais além, como eliminar de vez o monstruoso sistema do *doppio binário*, com o qual se pretendia anular uma parcela de determinismo, enquanto também se objetivava punir a parcela livre da conduta, e, também, excluir a teoria monista adotada para o concurso de agentes. Não obstante, a Lei 6.416/77, em muitos pontos, se apresentava mais consentânea com o desenvolvimento da ciência do direito penal, e, conseqüentemente, era mais atualizada do que o Código que vinha tendo a sua vigência reiteradamente adiada<sup>(51)</sup>. Entre outros pontos, merece elogios a reforma, no trato das seguintes questões: abolição do sistema de reincidência específica; reestruturou a suspensão condicional da pena, ao adotar, pela via da lei processual penal, o *probation system*, ou, se preferem, o *sursis avec mise à l'épreuve*; criou a extinção da punibilidade pelo crime contra os costumes, em face do casamento da ofendida

(50) Conferência proferida no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em agosto de 1974. Devidamente traduzida, embora com truncamentos, ela é integralmente encontrada na Revista *Justitia*, vol. 87, p. 31-38.

(51) No item 4 da Exposição de Motivos da Reforma operada em 1984, o Ministro Ibrahim Abi-Ackel assinalou que na Mensagem enviada ao Congresso propondo a ab-rogação do Código de 1969, o Ministro Armando Falcão apoiava-se (a Mensagem), entre outras razões, no fato de que o Código Penal de 1940, nas passagens reformuladas, se tornara "mais atualizado do que o vacante" (os grifos são nossos).

com terceiro, desde que o crime fosse praticado sem violência (física ou moral); criou o perdão judicial para os crimes culposos, quando o causador sofria conseqüências significativas de sua ação descuidada, que tornava a punição claramente dispensável.

Com modificações tão estruturais, rompeu-se a característica maior que orientava a codificação de 1940: o seu coerente sistema. E, com isso, criavam-se sérias dificuldades para os profissionais do direito penal. Urgia, portanto, uma reforma total da nossa legislação, pois, como assinala a Exposição de Motivos da Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que reformulou a Parte Geral, apesar dos inegáveis aperfeiçoamentos trazidos pela reforma de 1977, "a legislação penal continua inadequada às exigências da sociedade brasileira. A pressão dos índices de criminalidade e suas novas espécies, a constância da medida repressiva como resposta básica ao delito, a rejeição social dos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência, a sofisticação tecnológica, que altera a fisionomia da criminalidade contemporânea, são fatores que exigem o aprimoramento dos instrumentos jurídicos de contenção do crime, ainda os mesmos concebidos pelos juristas na primeira metade do século". Essa modificação adveio com a Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que, no entanto, apenas reformulou a Parte Geral, porque, como também salientou a Exposição de Motivos, "a precedência dada à reforma da Parte Geral do Código, à semelhança do que se tem feito em outros países, antecipa a adoção de nova política criminal e possibilita a implementação das reformas do sistema sem suscitar questões de ordem prática" (Item 8).

## 10. A REFORMA DE 1984

Pela Portaria 359, de 22 de abril de 1980, o Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel nomeou uma comissão formada pelos professores Manoel Pedro Pimentel, Francisco de Assis Toledo e Hélio Fonseca para examinar e emitir parecer acerca do Projeto de Código de Processo Penal, que fora aprovado pela Câmara

dos Deputados e se encontrava para votação no Senado Federal, de onde fora retirado pelo Governo para novos estudos. Uma outra comissão, esta integrada por Francisco de Assis Toledo, Hélio Fonseca e Rogério Lauria Tucci, foi nomeada pela Portaria 839, de 1.º de setembro de 1980, competindo-lhe compatibilizar o texto processual com o do Anteprojeto de Código de Execuções, que seria elaborado pelo antigo Conselho Nacional de Política Penitenciária.

A evolução dos trabalhos das Comissões, que nesta altura já contava com a cooperação espontânea de vários juristas, levou à conclusão de que a reforma projetada, para atingir a sua finalidade, deveria ser estendida ao Código Penal, sem o que estariam prejudicados os projetos em exame. Estas conclusões foram levadas ao Ministro da Justiça, que as acatou e nomeou uma outra Comissão pela Portaria 1.043, de 27 de novembro de 1980, que era composta dos juristas Francisco Serrano Neves, Hélio Fonseca, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Rogério Lauria Tucci, sob a presidência de Francisco de Assis Toledo. Manoel Pedro Pimentel, por motivos não muito bem esclarecidos, não aceitou a nomeação, indicando vários nomes que compuseram a Comissão, alguns dos quais, como seus discípulos, iriam defender o seu pensamento de penalista e de penitenciário de raro brilhantismo.

Em dezembro de 1980, após debates realizados no Instituto dos Advogados Brasileiros e no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, "definiu-se o quadro de uma ampla reforma do sistema criminal brasileiro, a ser empreendida em duas etapas, a saber: na primeira, seriam concluídos e devidamente encaminhados os Anteprojetos de Código Penal – Parte Geral, de Processo Penal e de Lei de Execução Penal; na segunda etapa, cuidar-se-ia do Código Penal – Parte Especial, e da Lei das Contravenções Penais"<sup>(52)</sup>. A divisão dos trabalhos iria permitir uma aceleração na reforma, que se fazia necessária, e um melhor enfrentamento de questões extremamente polêmicas que iriam compor a Parte Especial, com realce para os crimes

(52) Francisco de Assis Toledo. Princípios Básicos de Direito Penal, 4. ed., Saraiva, São Paulo, 1991, p. 67.

contra o Meio Ambiente e contra a Ordem Econômica.

A primeira etapa desenvolveu-se a contento, "dentro das melhores expectativas", afirmou o presidente da Comissão, e, em 18 de fevereiro de 1981, a comissão encaminhou ao Ministério da Justiça o Anteprojeto de Código Penal — Parte Geral, que foi logo em seguida publicado para receber críticas e sugestões. Em 27 de março desse mesmo ano, foi remetido o Anteprojeto de Lei de Execução Penal, que foi igualmente publicado para receber críticas e sugestões.

Lembra Francisco de Assis Toledo que o ano de 1981 "foi praticamente dedicado à realização, em todo o País, de ciclos de conferências e debates sobre a projetada reforma penal. Entrementes, chegavam Ministério da Justiça sugestões e críticas sobre os Anteprojeto dados à publicação<sup>(53)</sup>, "entre elas um trabalho muito bem elaborado pelo professor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, que foi traduzido por Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e publicado, posteriormente, na Revista Ciência Penal<sup>(54)</sup>.

Em junho de 1981, constituiu o Ministro da Justiça, pela Portaria 371, de 24 desse mês, as seguintes Comissões Revisoras, que se incumbiram do exame do texto e das sugestões encaminhadas, inclusive da redação definitiva: Código Penal: Francisco de Assis Toledo, coordenador; Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Júnior; Processo Penal: Jorge Alberto Romeiro, José Frederico Marques e Rogério Lauria Tucci, ficando a coordenação com Francisco de Assis Toledo; Lei de Execução Penal: Francisco de Assis Toledo, coordenador, Jason Soares Albergaria, René Ariel Dotti e Ricardo Antunes Andreucci. Embora sem pertencer a qualquer dessas Comissões, Manoel Pedro Pimentel continuou a cooperar com as Comissões, como tivemos oportunidade de testemunhar, sendo de justiça também assinalar a

eficiente cooperação do Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, que, inclusive, cedeu o seu antigo escritório de advocacia para reuniões das Comissões, sem que possamos esquecer a sua contribuição intelectual.

Os trabalhos das comissões foram concluídos durante o ano de 1982, e em seguida, encaminhados à Presidência da República. Com as respectivas Exposições de Motivos do Ministro da Justiça, datadas de 9 de maio de 1983, o Presidente João Batista Figueiredo remeteu ao Congresso os três projetos de reforma penal: Código Penal (parte geral), Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal. O primeiro e o último se converteram em lei: Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, o primeiro, e a Lei 7.210, dessa mesma data, o segundo, publicadas no DOU de 13 de julho de 1984, e que entraram em vigor em 13 de janeiro de 1985.

É importante estabelecer aqui o pensamento que orientou a reforma realizada neste ponto, parece-nos. E perfeitamente justificado trazermos a palavra do Presidente da Comissão que realizou a reforma, vasada nos termos seguintes: "A reforma penal, presentemente, como em outras épocas, decorreu de uma exigência histórica. Transformando-se a sociedade, mudam-se certas regras de comportamento. Isso é inevitável. E que a fisionomia da sociedade contemporânea não é a mesma daquela para qual se editaram as leis penais até aqui vigentes, é coisa que não deixa margem a dúvidas. A inteligência do homem contemporâneo parece, cada vez mais, compreender que a sociedade humana não está implacavelmente dividida entre o bem e o mal, entre homens bons e maus, embora os haja. Mas sim parece estar predominantemente mesclada de pessoas que, por motivos vários, observam, com maior ou menor fidelidade, as regras estabelecidas por uma certa cultura, e de pessoas que, com maior ou menor freqüência,

(53) Francisco de Assis Toledo, op. cit., p. 68.

(54) Ciência Penal, 1981, n. 1, p. 13-19. Ofertando sugestões, o penalista argentino assim se manifestou acerca do Anteprojeto: "... o anteprojeto de reforma da parte geral do Código Penal brasileiro revela uma tendência clara que, consagrado legislativamente, haveria de proporcionar ao Brasil a *endgültige Gesicht* de seu direito penal, cuja carência assinalava, com razão, Jescheck; faz dois anos. É verdadeira alegria conhecer um anteprojeto de parte geral de tal feita e, em especial, que se elabore para ser discutido e sancionado pelos órgãos constitucionais legítimos, nenhuma de cujas condições, lamentavelmente, vejo cumpridas em meu próprio país" (p. 13-14).

contrariam essas mesmas regras. Não há dúvidas, porém, que tanto os primeiros como os últimos fazem parte, dentro de uma visão mais ampla, de um certo modo de ser e viver prevalente em determinada época, modo esse que talvez explique, senão todos, pelo menos um bom número de desvios de comportamento. Um importante teólogo, para justificar o fim não exclusivamente retributivo da pena, chega a fazer a seguinte afirmação: "Quase sempre a culpa do delinqüente é resultado de uma forma conjunta de viver e das relações com o mundo que o rodeia; fracassos próprios e alheios se entrelaçam aí de maneira incrível. Por isso não se pode evitar que o delinqüente, quando é castigado, faça também penitência e reparação pela culpa dos outros. Quando se tem isto em conta, a obrigação da comunidade torna-se mais clara para se esforçar mais e mais pela reaceitação e reincorporação do delinqüente (e da sua parte por uma reparação). Por isso a comunidade não tem apenas o direito de castigar, mas até o dever de realizar o castigo de tal maneira que não impeça uma ressocialização".

Se essa consideração estiver correta, a pena justa será somente a pena necessária (Von Liszt) e, não mais, dentro de um retributivismo kantiano superado, a pena-compensação do mal pelo mal, segundo o velho princípio do talião. Ora, o conceito de pena necessária envolve não só a questão do tipo de pena como o modo de sua execução. Assim dentro de um rol de penas previstas, se uma certa pena apresentar-se como apta aos fins de prevenção e da preparação do infrator para o retorno ao convívio pacífico na comunidade de homens livres, não estará justificada a aplicação de outra pena mais grave, que resulte em maiores ônus para o condenado. O mesmo se diga em relação à execução da pena. Se o cumprimento da pena em regime de semiliberdade for suficiente para aqueles fins de prevenção e de reintegração social, o regime fechado será um exagero e um ônus injustificado. E assim por diante<sup>(54a)</sup>.

Contudo, como é fácil perceber, para a aplicação desses novos princípios, será imprescindível, em um direito penal democrático, apoiado no princípio da legalidade dos delitos e das penas, que a legislação penal reconstrua uma gama variada de penas criminais, dispostas em escala crescente de gravidade, a fim de que o juiz, seguindo certos critérios, possa escolher a pena justa para o crime e seu agente. Igualmente, as formas de execução da pena privativa da liberdade, quando esta tiver de ser aplicada, deverá desdobrar-se em etapas progressivas e regressivas, para ensejar maior ou menor intensidade na sua aplicação, bem como maior ou menor velocidade na caminhada do condenado rumo à liberdade. E assim terá que ser para cumprirem-se as diretrizes da individualização. Nenhuma pena terá, pois, um período rígido de segregação social. Os limites da sentença condenatória passam a ser limites máximos, não mais limites certos. A pena passa a ser, pois, uma pena programática.

Por fim, a mais grave das penas — a privação da liberdade em regime fechado — deverá ser executada de modo adequado, enquanto durar, assegurando-se ao condenado o trabalho interno remunerado, higiene, educação e outras formas de assistência.

As leis de reforma penal cumpriram essas exigências de modo cauteloso, dentro do possível e de uma certa realidade brasileira. Elaborou-se um rol de penas que vão desde a multa e a simples restrição de certos direitos até a privação da liberdade em regime fechado. Estabeleceu-se a escala de aplicação dessas penas, reservando-se as não privativas da liberdade para as infrações de menor importância, as privativas da liberdade para os crimes mais graves e para os delinqüentes perigosos ou que não se adaptem, por rebeldia, às outras modalidades de pena. Dentre as penas não privativas da liberdade, acolheram-se as seguintes: multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana. Não vingou,

(54a) Johannes Gründel, Temas atuais de teologia moral, p. 232.



entretanto, na Comissão Revisora, contra meu pensamento — diga-se de passagem — a multa reparatória do Anteprojeto de 1981, devido às sérias críticas apresentadas a essa inovação.

Nos projetos de reforma (agora transformados em lei) a pena criminal adquire, pois, para o direito brasileiro, um novo sentido, ao qual estará indissoluvelmente ligada a mencionada exigência de “necessidade de pena”, com as significativas conseqüências daí decorrentes.

Mas não é só. Adotou-se, igualmente, sem restrições e as reservas do passado, o princípio da culpabilidade. Assim, com a reforma em exame, não se admitirá a aplicação de pena sem que se verifique a culpabilidade do agente por fato doloso ou pelo menos por fato culposo. E dessa tomada de posição extraíram-se as devidas conseqüências: aboliu-se a medida de segurança para o imputável; diversificou-se o tratamento dos partícipes, no concurso de pessoas; admitiu-se a escusabilidade da falta de consciência da ilicitude, sem contudo confundir a última com mera *ignorantia legis*; extirparam-se os vários resíduos de responsabilidade objetiva, principalmente nos crimes qualificados pelo resultado.

Com isso, conforme tivemos oportunidade de afirmar<sup>(54b)</sup>, adotou-se um direito penal do fato-do-agente que não descarta o agente-fato, num esforço de compatibilização, nos limites do possível, entre as teorias da culpabilidade pela condução de vida e da culpabilidade pelo fato singular, dando-se, não obstante, nítida prevalência à segunda corrente, ou seja, àquela que se traduz em um direito penal do fato.

O resultado dessa tomada de posição aponta em duas direções com importantes conseqüências: uma com poder de despenalização, ou seja, excluindo de pena os fatos típicos não censuráveis ao agente; outra, com renovado poder sobre a dosimetria da pena, estabelecendo que o limite máximo daquela não pode ultrapassar o grau de culpabilidade do agente. Julgamos desnecessário justificar o evidente significado prático da adoção desses princípios. Considere-se, porém, que, em um direito penal assim concebido, a aplicação da pena criminal restringir-

se-á aos casos em que exijam a necessidade de proteção da comunidade (prevenção) e a necessidade de preparação do infrator para uma razoável convivência pacífica no mundo social (ressocialização)<sup>(54c)</sup>. A segunda direção de maior importância envolve-se com as três colunas de sustentação de um direito penal de índole democrática, a que nos referimos, em outra ocasião, *in verbis*: “Na culpabilidade pelo fato... é o fato que dará os concretos e definitivos limites para a atuação do Estado na esfera penal. Franz von Liszt percebeu bem isso quando afirmava que, em sua opinião, por paradoxal que pudesse parecer, ‘o Código Penal é a Magna Carta do delinqüente’ protegendo não a coletividade, mas o indivíduo que contra ela se rebela, ao garantir-lhe o direito de ser castigado só quando ocorrerem os pressupostos legais e dentro dos limites legais. Ora, esses pressupostos e limites muito pouco valeriam se estivessem referidos a conceitos variáveis, pouco seguros, e não a características objetivas que só podem ser oferecidas pelo fato. Daí a já mencionada tipologia de fatos, não de autores. E aqui tocamos, com a lembrança da conhecida passagem de Von Liszt, o fundo da questão. O direito penal moderno está moldado segundo princípios liberais, elaborados, lenta e penosamente, através dos séculos. E, até hoje, não se conseguiu encontrar algo melhor para substituí-los. Tentativas e experiências nesse sentido têm sido desastrosas. Dentro desse quadro, o *nullum crimen nulla poena sine lege*, o direito penal do fato e a culpabilidade do fato alinham-se imponentemente, numa perfeita seqüência e implicação lógicas, como colunas de sustentação de um sistema indissoluvelmente ligado ao direito penal de índole democrática. Por isso merecem ser preservados. Assim, apesar do crescimento dos índices de criminalidade e — o que é pior — do recrudescimento do crime atroz, violento, ao lado do aparecimento de novas formas delinqüenciais que se valem dos próprios instrumentos da técnica e do progresso, parecidos que a procura de instrumental mais adequado de combate ao crime deve ser feita com muito engenho e arte, para não se pôr em risco o que já constitui valiosa conquista da humanidade”<sup>(54d)</sup>.

(54b) Perspectivas do direito penal brasileiro, Jornadas de Estudo do Ministério Público, Anais, Porto Alegre, 1981, p. 194.

(54c) Cf. Claus Roxin, *Iniciación al derecho penal de hoy*, p. 48-49.

(54d) O trecho citado pertence à 1.<sup>a</sup> edição deste livro, p. 57-58.

Para concluir, duas palavras sobre as medidas de segurança, tema ainda hoje bastante polêmico, diante das soluções contraditórias adotadas pela maioria dos estatutos penais vigentes, com a conhecida fórmula híbrida do duplo binário.

As medidas de segurança, introduzidas na lei penal brasileira pelo Código de 1940, são consideradas "medidas de prevenção e assistência", pela Exposição de Motivos do Min. Francisco Campos. A experiência brasileira, contudo, não se revelou muito feliz na aplicação de tais medidas. Levantamento feito nos estabelecimentos penais do Estado de São Paulo, em 25 de agosto de 1981, encaminhado à Comissão Revisora pelo Des. Italo Galli, em nome da Comissão de desembargadores, levantamento esse restrito aos condenados imputáveis", demonstrou a sua inutilidade.

"Excluiu-se, portanto, do sistema a medida de segurança para o imputável, fazendo-se com que a pena criminal absorvesse a função de 'prevenção e assistência' antes conferida à primeira. Para que isso fosse possível, reformularam-se os institutos do crime continuado e do livramento condicional, além de estabelecerem-se novas regras sobre a unificação da pena. Por outro lado, deu-se maior maleabilidade à execução da pena, conforme salientamos anteriormente, de modo que o tempo de permanência no regime fechado possa ser alterado no curso do cumprimento da pena, segundo o mérito ou o demérito do condenado.

Com essas diretrizes, a reforma penal brasileira, longe de retornar a fórmulas clássicas, dá um passo adiante, com solução coerente para o sério problema do agente imputável que já se tenha revelado um delinqüente habitual ou por tendência, sem necessidade de recorrer-se à pena totalmente indeterminada ou à fórmula do duplo binário que, como se viu, não foi bem assimilada pela experiência brasileira. Por outro lado, os interesses da sociedade, da manutenção da paz social e da prevenção dos crimes são preservados com a possibilidade de aplicação de penas de longa duração para os delinqüentes que, na terminologia atual, seriam considerados 'perigosos'.

É certo que essa forma penal tem encontrado certa resistência em algumas esferas dominadas por um pensamento de cunho autoritário e repressivo, o que tem dificultado a sua implementação, principalmente na área da execução penal.

É comum ouvirem-se expressões semelhantes a estas: 'a reforma penal, no tocante à execução das penas, não condiz com a realidade brasileira'; 'a lei de execução penal foi feita para a Suíça, não para o Brasil' etc.

A esses críticos, saudosistas de instituições reconhecidamente falidas (ou, quem sabe, de coisa pior), cabe observar que a decantada 'realidade brasileira', e matérias de prisões e de execução da pena, têm sido de uma notória, proclamada e brutal monstruosidade, pelo que a reforma penal só teria mesmo significado na medida em que se propusesse a reconstruir algo de novo nesse terreno.

Ou será que, em matéria penal, ao invés de projetar instituições saudáveis e procurar realizá-las, deveríamos proceder como certos dirigentes políticos que se comprazem em 'urbanizar' favelas, para não ter que enfrentar a falta de moradia, para cuja solução iriam certamente consumir os recursos que pretendem empregar para outros fins?

A reforma penal, como toda reforma inovadora, quer modificar o que está errado; volta-se para o futuro; não pretende remendar ou camuflar os males do passado; por isso constitui, em boa parte, um projeto de modificação da realidade que se tem por insuportável, apesar de brasileira (sem qualquer orgulho).

Comporta eventuais correções de falhas, não o retrocesso, já que o curso da história felizmente não enseja esse fenômeno mecânico."

## 11. CRÍTICAS À REFORMA DE 1984

A reforma operada, ainda quando não passava de um anteprojeto já recebia críticas vindas de vários setores da sociedade. É incrível que até mesmo pessoas sem qualquer formação jurídico-penal se atreviam a estabelecer críticas ao sistema de penas adotado. Essas vozes vindas de todos os quadrantes do país não chegaram a nos causar qualquer surpresa, pois bem poucos atualmente estão familiarizados com a evolução da ciência do direito penal, embora se atrevam até a escrever sobre o assunto. Assim, vozes se ouviam em defesa pela legislação "tapa-buracos" de 1977, a Lei 6.416; outros, radicais ao extremo, talvez só se satisfizessem com o retorno das Ordenações do Reino e suas penas atroz.

Outras vozes se alevantaram em defesa da pena de morte, panacéia de todos os males de

que padece a sociedade, mesmo depois de duas magníficas reportagens publicadas pelo jornal A Folha de S. Paulo, em que se demonstrou estatisticamente não ser maior o número de crimes violentos nos Estados da Federação norte-americana que não adotam a pena capital<sup>(55)</sup>. Mas esta é a tônica em todos, ou quase todos os países latino-americanos.

Eugenio Raúl Zaffaroni, indubitavelmente um dos mais brilhantes penalistas que esta parte do continente produziu, examinando o problema da Política Criminal da América Latina, escreveu: "Un desafortunado positivismo jurídico suele deformar a nuestros estudiantes de derecho y preparar hombres que sirven al apuntalamiento del sistema, ya que los priva de cualquier concepción antropológica que pretende aproximarse al hombre real. Este positivismo se extiende luego a los estrados judiciales y se sucede en las cátedras, manteniendo a los aplicadores del derecho lejos del *uomo nella gabbia* (Camelutti, *Le miserie del processo penale*, Venezia, 1957), que preside nuestra realidad penal latinoamericana. Parece mentira que la realidad que muy frecuentemente ignora o niega el jurista, la recuerde la literatura de nuestro continente (recientemente, Sánchez, *La isla de los hombre solos*, Mexico, 1971; Medina, *Las tumbas*, Buenos Aires, 1973; Aldana, *Retén a Catia*, Caracas, 1972)". E em seguida, observa o mestre argentino: "Una sociedad que pretenda organizarse como Estado-gendarme, deja librado a su suerte no sólo al delincuente, sino también a todos los individuos. En esa sociedad no puede pretenderse que haya asistencia a nadie, ni siquiera al que no infringe la norma jurídica. Cuando la desocupación es un problema, cuando impunemente se trampa la legislación laboral, es lógico que los conductores de esa política se queden indiferentes frente a los trastornos que impiden a un grupo de

hombres una estabilidad emocional posibilitante de su adaptación a condiciones de trabajo. El planteo liberal-burgués no admite al hombre concreto y real, no le interesa, sea que infrinja o no la ley: le basta con el homúnculo — y con él la conciencia de los opresores — queda a salvo, el hombre real que no infringe la ley queda a merced de otro más fuerte, y el que la infringe, queda 'depositado' en jaulas especiales"<sup>(56)</sup>.

A realidade inafastável é que o crime é um fenômeno social, que não pode ser desvinculado da sociedade. A história nos relata que onde os homens se organizam em sociedade, nesta ocorreram os delitos, de início punidos quase sempre com a pena capital. Como bem assimilou Giorgio del Vecchio, "o mal do mundo tem raízes tão vastas e profundas que o direito, como deve ser reconhecido pelos juristas, não pode constituir defesa suficiente contra o mesmo. O preconceito ilusório de que a luta contra o delito deve ser conduzida exclusivamente com sanções jurídicas, e que a atividade criminal ache nelas forma adequada de repressão, é provavelmente uma das causas pelas quais outros institutos e meios de tutela, de reação e de prevenção, não tiveram até aqui o desenvolvimento que deveriam ter em função de um fim tão importante. Reconduzir o direito penal aos próprios limites, assinalados por um ideal mais alto e verdadeiro de justiça, não significa, porém, em nenhum modo, abandonar aquela luta; mas pode ser, antes, incentivo a intensificar aquela outra obra social e moral, que conduz ao mesmo fim, provavelmente com eficácia muito maior"<sup>(57)</sup>. Na verdade, para se demonstrar de vez a impotência do direito penal na solução da criminalidade, basta entendermos que nenhuma resposta penal conseguiu eliminar, ou até mesmo diminuir, a criminalidade, máxime adotando sistemas penais desumanos e falidos, repudiados pelos intelectuais do momento. Da

(55) Caderno "Mundo", edições de 12 e 17 de agosto de 1991. O autor da reportagem, Carlos Eduardo Lins da Silva, assim concluiu o seu texto, em face dos dados compilados: "O que se pode concluir desses números é que a instituição da pena de morte não garante redução de criminalidade. Nem o fato de se executar ou não os condenados. Outros fatores são responsáveis pelo aumento ou pela diminuição do número de crimes — e não diretamente a pena de morte" (ed. de 17.8.91. p.1).

(56) Política Criminal latinoamericana (perspectivas y disyuntivas), Hammurabi, Buenos Aires, s/d, p. 18-19.

(57) Cfr. Francisco de Assis Toledo: Princípios gerais do novo sistema penal brasileiro (conferência), in O Direito Penal e o Novo Código Penal brasileiro, Fabris, Porto Alegre, 1985, coordenação de Vladimir Giacomuzzi.

pena de Zaffaroni extraímos mais este tópico: "Sin duda que la objeción (que se faz acerca da operatividade do sistema penal) se mantendrá mientras se conserve la ilusión de que el sistema penal resuelve conflictos, pero si nos limitásemos a ver los conflictos en su realidad, nos percataríamos de lo contrario. Basta observar que el sistema penal no ha resuelto hasta hoy el conflicto que genera el aborto; un aumento de represión sobre los médicos que lo practican no haría más que aumentar el precio de sus servicios, excluyendo cada vez más de los mismos a mujeres de los sectores carenciados, lanzadas a manos empíricas y brutales, con mayor número de muertes por prácticas primitivas, mientras el aborto sigue siendo la primera causa de muerte violenta. La represión del tráfico de tóxicos sirve para interferir en el mercado y aumentar insólitamente su precio, lo que al hacer a la actividad realmente atractiva económicamente, crea una red mafiosa de formidable poder transnacional, que distribuye y comercializa en todos los países en que conviene hacerlo, sin que el sistema penal pueda mostrar ningún éxito en la solución de conflicto"<sup>(58)</sup>.

Uma visualização distorcida da legislação de 1984, que tanto sensibilizou o legislador peruano na elaboração de seu Código de 1991, todavia, levou à edição da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que "dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal e determina outras providências, já conhecida como lei hedionda. Esta lei retrógrada e incrivelmente inconstitucional mereceu severas críticas de Alberto Silva Franco, entre as quais esta, com a qual inicia a sua magnífica monografia: "A Lei 8.072/90, na linha dos pressupostos ideológicos e dos valores do chamado Movimento da "Lei e da Ordem", dá suporte à idéia de que as leis de extrema severidade e penas privativas de liberdade pesadas são suficientes para pôr cobro à criminalidade violenta. Nada mais ilusório. Avaliando os efeitos da Lei 8.072/90, Walter Fanganielo Maierovitch ("O lado frágil", O Estado de S. Paulo, 27.3.91, p. 2), salientou que a criminalidade aumentou:

"As extorsões mediante seqüestro se vulgarizaram" e "a adicção, nome técnico dado à dependência de drogas, cresceu de forma alarmante". "Na nova lei, as penas foram aumentadas e previsto o cumprimento integral em penitenciárias. Criou-se, também, formas de direito premial a contemplar co-autores e participantes, eufemisticamente denominados 'arrepentidos', prestadores de auxílio ao resgate de seqüestrados ou no desbaratamento de quadrilhas. De nada adiantou. As seqüências de uma guerra, sem quartel, contra determinados delitos e certas categorias de delinqüentes, serviram para estioilar direitos e garantias constitucionais e para deteriorar o próprio direito penal liberal, dando-se azo à incrível convivência, em pleno Estado Democrático de Direito, de um direito penal autoritário"<sup>(59)</sup>.

Uma vez mais, no Brasil, se esqueceu a lição de Radbruch de "que reformar o Direito Penal não significa fazer um Direito Penal melhor". Até porque fazer um Direito Penal melhor continua a ser o grande desafio da humanidade, mas não é mediante leis ultrapassadas no tempo, retrógradas e sem ciência que iremos melhorar o destino da humanidade e resolver o até hoje insolúvel problema da criminalidade.

## 12. REFORMA PROJETADA DA PARTE ESPECIAL

A parte especial também foi objeto de estudos, sob a presidência do Ministro Francisco Assis Toledo, que, tendo se afastado por razões particulares, foi substituído pelo então Desembargador Luiz Vicente Cernicchiaro. Concluído o trabalho, foi ele publicado e recebeu valiosas contribuições da cultura jurídica do país. Republicado por determinação do Ministro da Justiça Paulo Brossard, foi revisto pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mas não chegou a ser encaminhado ao Congresso Nacional. Anos depois, o Ministro da Justiça Maurício Corrêa procurou levar avante a

(58) Eugenio Raúl Zaffaroni. En busca de las penas perdidas (deslegitimación y dogmática jurídico-penal), Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 227.

(59) Crimes Hediondos (notas sobre a Lei 8.072/90), RT, São Paulo, 1991, p. 36.

idéia da atualização. A Comissão nomeada encerrou seus trabalhos, entregando ao Ministério o chamado Esboço de Anteprojeto de Código Penal – Parte Especial, que ficou conhecido como Esboço Ministro Lins e Silva, em homenagem ao presidente da Comissão. Isto se passou em 1994.

A Comissão nomeada pelo Governo para a elaboração de um novo Anteprojeto de Código Penal, Parte Especial, era presidida pelo Ministro Evandro Lins e Silva e contava com os Professores Paulo Sérgio Pinheiro, Jair Leonardo Lopes, René Ariel Dotti, Juarez Estevam Xavier Tavares, João Marcello de Araújo Júnior, Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, Francisco de Assis Toledo, Promotora de Justiça Luíza Nagib Eluf, Deputado Hélio Bicudo e Desembargador Alberto Silva Franco.

Os nomeados foram divididos em três turmas ou grupos. A primeira, à qual competia elaborar os artigos 121 a 234, estava composta pelo Desembargador Alberto Silva Franco, sociólogo Paulo Sérgio Pinheiro, Promotora de Justiça Luíza Nagib Eluf e Professor Jair Leonardo Lopes. A segunda, com a missão de elaborar no anteprojeto os artigos 235 até o final, estava composta do Deputado e Procurador de Justiça aposentado Hélio Bicudo, pelos Professores Luiz Vicente Cernicchiaro e Francisco de Assis Toledo. Uma terceira turma, integrada pelos Professores René Ariel Dotti, Juarez Estevam Xavier Tavares e João Marcello de Araújo Júnior, tinha a missão de cuidar da legislação penal extravagante. Na presidência da comissão estava o Ministro Evandro Lins e Silva, aposentado do Supremo Tribunal Federal.

Em razão de desentendimentos de caráter doutrinário, da Comissão afastou-se, num primeiro momento, o Desembargador Silva Franco.

Procedida a sucessão presidencial, com esta mudou o titular da pasta da justiça e ficaram os trabalhos de reforma interrompidos. O Ministro Alexandre Dupeyrat não chegou a ordenar a publicação do Esboço, mas o Ministro Íris Rezende acolheu a idéia, e, no fim do ano de 1997, constituiu nova Comissão, indicando consultores. A nova Comissão, como escreveu o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, no relatório que capeia o trabalho de reforma da parte especial, deu "continuidade a trabalho que se desenvolve há trinta e sete anos". Na verdade,

a Comissão nomeada tinha em mãos, para orientação, o esboço de 1994, que, por sua vez, se inspirara no anteprojeto de 1984.

Dessa Comissão, que era presidida pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, faziam parte René Ariel Dotti, Miguel Reale Júnior, Juarez Tavares, Ney Moura Teles, Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Licínio Leal Barbosa, como membros. Como consultores, foram designados o Ministro Evandro Lins e Silva e o Procurador de Justiça aposentado Damásio Evangelista de Jesus. Não concordando com a celeridade nos trabalhos que impusera o Ministro da Justiça Íris Rezende, entendida por eles como precipitada e prejudicial para a elaboração de uma legislação da importância da penal, solicitaram desligamento, em 2 de março de 1998, os professores René Ariel Dotti, Miguel Reale Júnior e Juarez Tavares. Levada avante a empreitada, agora sem as pessoas supramencionadas, os trabalhos foram convertidos no Anteprojeto de Código Penal de 1998, publicado com uma Exposição da lavra de Luiz Vicente Cernicchiaro, presidente da Comissão.

## BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Cândido Mendes de. Código Philippino, Typographia do Instituto Philomatico, Rio de Janeiro, 1870.
- ALVES JUNIOR, Thomaz. Anotações Teóricas e Práticas ao Código Criminal, Francisco Luiz Pinto, Rio de Janeiro, 1864, vol. I.
- ALVES, Therezinha Marly. O indígena (verbete), in História do Brasil, Bloch, Rio de Janeiro, 1975, vol. I.
- ASÚA, Luis Jiménez de. Tratado de Derecho Penal, Losada, Buenos Aires, Tomo I.
- AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente. O centenário do Código Criminal (artigo), in Revista Justitia, São Paulo, vol. 109, 1980.
- BARLEU, Gaspar. História dos feitos recentemente praticados durante oito anos no Brasil e noutras partes sob o governo do ilustríssimo João Maurício, Conde de Nassau etc., ora governador de Wessel, Tenente General de Cavalaria das Províncias Unidas sob o Príncipe de Orange.
- BITTAR, Carlos Alberto. O Poder Legislativo e o Direito do Autor, separata da Revista de Informação Legislativa (Senado Federal), a. 26, n. 101, jan./mar. 1989.

- BRUNO, Aníbal. Direito Penal, Forense, Rio de Janeiro, 1959, vol. I, tomo 1.
- CAETANO, Marcello. História do Direito Português (1140-1495), Fontes — direito público, Editorial Verbo, Lisboa-São Paulo, vol. I, s/d.
- CALMON, Pedro. O Estado e o Direito nos Lusíadas, Edições Dois Mundos, Rio-Lisboa, MCMLV.
- CANTERO, José A. Sainz. Lecciones de Derecho Penal (parte general), I: introducción, Bosch, Barcelona, 1982.
- CARDIM, Fernão. Tratado da Terra e Gente do Brasil e informações da Missão do Padre Christóvão Gouvêa às partes do Brasil (ano 83), São Paulo, 1939.
- CHAVEAU, Adolphe e Hélie, Faustin. Théorie du Code Pénal, Bruylant-Christophe et Compagnie, Bruxelles, 1862, vol. I.
- CONDE, Francisco Munhoz. A função motivadora da norma penal e "marginalização" (comunicação ao 9.º Congresso Internacional de Defesa Social, realizado em Caracas, 1976), tradução de José Henrique Pierangeli in Revista Justitia, n. 116, 1982.
- CORREIA, Alexandre. Direito Criminal (com a colaboração de Figueiredo Dias), Almedina, Coimbra, 1968, vol. I.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal (parte geral), Forense, Rio de Janeiro, 1991, vol. I, tomo 1.º.
- CRUZ, Guilherme Braga da. História do Direito Português, Coimbra, 1955.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. A relação do Estado do Brasil e o Direito Português (conferência), in Anais do Fórum Internacional do Direito Penal Comparado, Salvador, Bahia, 8 a 10.3.1990.
- DUMONT, Et. Théorie des peines et des récompenses, ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, juriconsulte anglais, 3<sup>ème</sup>. édition, Paris, 1825, tome 1<sup>er</sup>.
- FARIA, Antonio Bento de. Anotações Theóricas-Práticas ao Código Penal do Brazil, Papeleria União, Rio, 1904.
- FERRÃO, F. A. F. da Silva. Theoria do Direito Penal, Typographia Universal, Lisboa, 1856, tomo I.
- FERREIRA, Waldemar. História do Direito Penal Brasileiro, Freitas Bastos, Rio-São Paulo, 1952, tomo I.
- FIGUEIREDO, José de Anastácio. Sinopse cronológica de subsídios ainda mais raros para a História e Estudo Critico da Legislação Portuguesa, Academia Real de Ciencias de Lisboa, Lisboa, 1790.
- FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos (notas sobre a Lei 8.072/90), Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991.
- FREYRE, Gilberto. Casa Grande e Senzala, Rio, 1969.
- GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal, Max Limonad, São Paulo, 1954, vol. I, tomo I.
- GONZAGA, João Bernardino. O direito penal indígena (à época do descobrimento do Brasil), Max Limonad, São Paulo, s/d.
- GRISPIGNI, Filippo. Diritto Penale (introduzione e parte prima). Le norme penalistiche considerate, Giuffrè, Milano, 1952.
- HESPANHA, António Manuel. História do Direito Português (complemento às lições de G. Braga da Cruz), Coimbra, 1970-1971.
- HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal, Forense, Rio, 1955, vol. I, Tomo 1.º.
- LÉRY, Jean de. Viagem à Terra do Brasil, trad. e notas de Sérgio Milliet, São Paulo, 1960.
- LIMA, Ângela Motta. A colonização (verbete), in História do Brasil, Bloch, Rio de Janeiro, 1972.
- LYRA, Roberto. Introdução ao estudo do Direito Criminal, Nacional, Rio de Janeiro, 1946.
- MACHADO, Alcântara. Para a história da reforma penal brasileira (artigo), in Revista de Direito, vol. VIII.
- MACHADO NETO, Zahidê. Direito Penal e Estrutura Social (comentário sociológico ao Código Criminal de 1830), São Paulo, 1977.
- MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal (propedêutica penal e norma penal), Saraiva, São Paulo, 1964, tomo I.
- MESTIERI, João. Teoria Elementar do Direito Criminal (parte Geral, edição do Autor, Rio de Janeiro, 1990.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal (parte geral), Atlas, São Paulo, 1991, Tomo I.

- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal (introdução e parte geral)*, Saraiva, São Paulo, 1978, vol. I.
- NUVOLONE, Pietro. Conferência publicada pela Revista *Justitia*, São Paulo, vol. 87.
- PESSAGNO, Rodolfo G. e Bernardi, Humberto P. J. *Temas de História Penal*, Perrot, Buenos Aires, 1953.
- PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal (evolução histórica e fontes legislativas)*, Jalovi, Bauru, 1983.
- , O início da codificação penal iberoamericana (conferência), *in* Revista *Justitia*, São Paulo, n.º 109, 1980.
- , e Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Da Tentativa*, Ed. RT, São Paulo, 1988.
- PINAUD, João Luiz; Andrade, Carlos Otavio; Neme, Salet e Sousa, Maria Cândida Gomes de. *Insurreição Negra, Expressão e Cultura e OAB*. Rio de Janeiro, 1987.
- PINHO, Ruy Rebello. *História do Direito Penal Brasileiro (período colonial)*, J. Bushatsky, São Paulo, 1973.
- PIRAGIBE, Vicente. *Legislação Penal*, tomo II, 1932.
- POMBO, Rocha. *História do Brasil*, São Paulo, tomo I.
- PYRARD, François. *Viagens*, *in* Revista do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, tomo XIII, 1908.
- RIBEIRO, C. J. de Assis. *História do Direito Penal Brasileiro*, Livraria Editora Zélio Valverde, Rio de Janeiro, 1943.
- ROCHA, Coelho da. *Ensaio sobre o Direito e o Governo de Portugal*, 7. ed.
- SANTORO, Arturo. *Manuale di Diritto Penale*, UTET, Torino, 1958, tomo I.
- SILVA, Antonio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Cia. Editora Nacional, São Paulo, 1930.
- SILVA, Jorge Medeiros da. *Direito Penal Especial*, Ed. RT, São Paulo, 1981.
- SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *Sobre os compiladores das Ordenações Filipinas, separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 264, 1972.
- SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal, parte geral*, José Konfino, Rio de Janeiro, 1947.
- SPIX, J. B. von e Martius, C. F. P. von. *Viagem pelo Brasil*, Rio de Janeiro, 1938, tomo I.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios gerais do novo sistema penal brasileiro, in* *O Direito Penal e o novo Código Penal Brasileiro*, Fabris, Porto Alegre, 1985.
- THOT, Ladislau. (conferência) resumida por Vicente de Azevedo *in* *Arquivo Judiciário*, vol. 15, e nas *Pandectas Brasileiras*, vol. 8.º, sob a denominação de *Estudo histórico jurídico e comparativo do Código Criminal de 1830*.
- VASCONCELLOS, Simão de. *Crônica da Companhia de Jesus no Estado do Brasil*.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e RIVACOBÁ, Manoel de Rivacoba y. *Siglo y medio de Codificación Penal iberoamericana, Colección Temas*, Ed. Edeval, Valparaíso, Chile, 1980.
- , e LEVENE HIJO, Ricardo. *Códigos Penales Latinoamericanos, La Ley*, Buenos Aires, 1978, tomo I.
- , *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1981, tomo I.
- , *Política Criminal Latinoamericana (perspectivas y disyuntivas)*, Hammurabi, Buenos Aires, s/d.
- , *En busca de las penas perdidas (deslegitimación y dogmática jurídico-penal)*, Ediar, Buenos Aires, 1989.
- , *Reflexões acerca do Anteprojeto de Lei referente à Parte Geral do Código Penal do Brasil (artigo traduzido por Sérgio Marcos de Moraes Pitombo)*, *in* *Revista Ciência Penal*, n. 1, 1981.
- WATJEN, Hermann. *O domínio colonial holandês no Brasil, tradução de Pedro Celso Cavalcanti*, ed. do Governo do Estado de Pernambuco, 1938.