

A REFORMA DA LEGISLAÇÃO PENAL - II

Heleno Cláudio Fragoso

24. *Criminosos habituais e por tendência* — É hoje preocupação constante em todos os países o tratamento penal dos delinquentes habituais e por tendência. Como se diz no relatório da Comissão Internacional Penal e Penitenciária, de 1948, “raros são os países que se limitam a procurar combater a criminalidade endorecida, pelas disposições sobre a reincidência”. A reincidência, realmente, não se confunde com a habitualidade, que não se caracteriza especialmente pela repetição de delitos, mas, por certa maneira de viver e certa propensão à conduta antisocial, elementos que transcendem o quadro que se apresenta com a simples reincidência, exigindo do legislador medidas especiais.

Até aqui estão todos de acordo. O debate surge quando se procura fixar a natureza da sanção penal aplicável, pois dentro da concepção clássica, de um rígido enquadramento do direito penal da culpa, ninguém pode ser punido pelo que *é*, mas pelo que *fez*. Historicamente esse debate remonta às graves restrições dos clássicos quanto à mais grave punição da reincidência, mas, precisamente porque o problema aqui não se confunde com o da reincidência é que a controvérsia se apresenta atual e séria.

O projeto FERRI já contemplava (art. 27), em consequência da intensa elaboração dos positivistas em torno da classificação dos delinquentes, disposições relativas ao criminoso habitual, que seria o reincidente, “quando a natureza e modalidade dos delitos realizados, os motivos determinantes, as condições pessoais e o gênero de vida observado pelo sujeito, demonstrem tendência persistente ao delito”.

O Código ROCCO, como se sabe, contém disposições especiais sobre o delincente habitual, o delincente profissional e o delincente por tendência. A habitualidade é declarada necessariamente se o agente já tiver sido condenado por três

delitos não culposos, à pena de reclusão, num total que ultrapasse 5 anos, sendo os crimes praticados num período de dez anos, e o novo delito, praticado nos dez anos seguintes (art. 102). Será a habitualidade declarada facultativamente, se o agente já tiver sido condenado por dois delitos não culposos, considerando o juiz que o culpado seja dado ao delito, em face das circunstâncias (art. 103). O juiz declarará o *delinquente profissional* se, estando ele nas condições em que pode ser considerado habitual, seja possível afirmar que vive habitualmente, embora apenas em parte, dos proventos do crime (art. 105). Poderá o delinquente ser declarado *por tendência* se, embora não contumaz, delinquente habitual ou profissional, praticar delito não culposo, contra a vida ou a integridade individual, que por si mesmo e juntamente com as demais circunstâncias a serem consideradas na aplicação da penal, revelar inclinação especial para o delito, inclinação que tenha sua origem na índole particularmente maldosa do culpado (art. 108).

O código Suíço (art. 42) permite ao juiz aplicar ao criminoso por tendência a medida de segurança de custódia de segurança em substituição à penal. A custódia de segurança deve ser cumprida em estabelecimento especialmente destinado a esse fim.

Na Alemanha, os projetos de 1927 e 1930 já cuidavam do criminoso habitual (*Gewohnheitsverbrecher*) (§78), confundindo-o, porém, com o reincidente. Em 24 de novembro de 1933, já, portanto, durante o regime nazista, entrou em vigor a lei dos criminosos habituais, introduzindo no Código Penal o §20-a. Este estabelece uma agravação da pena para quem pratica novo delito, já tendo sido condenado por duas vezes em virtude de crime doloso e demonstre, pelos fatos praticados, ser criminoso habitual perigoso. No parágrafo 1º, está prevista a declaração de habitualidade facultativa, no caso da prática de três fatos dolosos, sem que haja reincidência (ex: crime continuado). A declaração de habitualidade, além de agravar a pena, é pressuposto para a aplicação da custódia de segurança, prevista no §42 letra e. Trata-se de medida de segurança detentiva.

A doutrina na Alemanha reage violentamente contra a disposição do §20-a, declarando-a incompatível com um direito penal de base ética e fundado na culpa. MAURACH (*Deutsches Strafrecht, ein Lehrbuch*, A.T., 1954, p. 696) afirma que se

trata de mau e perigoso corpo estranho no organismo do direito penal vigente (§20^a *ist ein böser und Gefährlicher Fremdkörper im Organismus des geltenden Rechts*). MEZGER (*Strafrecht, ein Studienbuch*, 1960) entende que tal dispositivo é um pernicioso produto da pena de fim utilitária, por que afinal a pena é imposta por uma condição da pessoa do agente, que independe da culpa. Isto é, no plano ético, insustentável. Vários autores procuraram permanecer fiéis ao sistema, introduzindo a culpa pelo caráter (*Charakterschuld*) ou culpa pela vida que o agente leva (*Lebensführungsschuld*), idéias que não têm substância em face do direito vigente. Outros, como HELLMUTH MAYER (*Strafrecht*, 1953, p. 63), procuraram formular novas soluções, entendendo que o §20^a é um *delictum sui generis* ou procurando introduzir como característica do tipo a condição de criminoso habitual. É evidente, porém, o artifício. MAURACH conclui que é necessário aos autores resignarem-se com o §20^a, que não tem outro sentido senão o de uma pena de segurança (*Sicherungsstrafe*). Cf., ainda JAGUSCH, *Leipziger Kommentar*, 8^a edição, 1967, p. 128 e os autores ali citados.

O projeto alemão de 1960, fiel ao sistema do duplo binário apenas cuida do delinqüente habitual ou por tendência no plano das medidas de segurança. Dispõe o §85: “Se incorreu alguém em reclusão, detenção ou pena aplicável aos menores, de pelo menos seis meses, através de três fatos puníveis, no mínimo, dos quais pelo menos um praticado após os 15 anos, o juiz ordenará, juntamente com a pena, a custódia de segurança, se a apreciação do agente e do fato em seu conjunto, demonstrar que ele é perigoso para a coletividade ou para outros indivíduos (delinqüente por tendência), em virtude propensão à prática de fatos puníveis graves”. A Exposição de Motivos critica o direito vigente, assinalando que ele, no caso, não distingue a periculosidade da agravação da pena, sendo incompatível com um direito penal da culpa, que o projeto acolhe sem reservas. Se ao agente não pode ser reprovado o fato de ser um delinqüente habitual perigoso, proíbe o direito penal da culpa puni-lo mais severamente.

O Código ROCCO estabelece como *efeito* da habitualmente, em primeiro lugar, e especialmente, a aplicação da medida de segurança de internação em colônia agrícola ou casa de trabalho, substituída pro reformatório se se trata de menor de 180 anos. Além deste e da interdição perpétua do exercício de cargos públicos, o código italiano,

em relação aos criminosos habituais, proíbe a suspensão condicional da pena (art. 164); exclui a prescrição da pena pelos delitos (art. 172); exclui a anistia e o indulto, salvo disposição expressa do decreto (arts. 151 e 174); duplica o prazo estabelecido para obtenção da reabilitação; implica na expiação da pena detentiva em estabelecimentos especiais (arts. 141 e 142). *Não se cogita de agravação da pena*. Os efeitos para os criminosos profissionais ou por tendência, são semelhantes ou iguais. Grande parte da doutrina entende que os efeitos da habitualidade não são *penais*, opinião a que se opõem muitos outros autores.

O problema que até aqui se tem procurado ilustrar, com o recurso à legislação italiana, alemã e suíça, é realmente de inegável transcendência. Surge, precisamente, em face de três dados; 1. necessidade de permanecer o direito penal fundado na *culpa*, como exigência ética da realização de justiça; 2. impossibilidade de agravação da pena por uma condição pessoal independente da culpa; 3. falência do sistema do duplo binário, que seria a solução natural.

É necessário um tratamento especial para os criminosos habituais, dada a evidente ineficácia da pena em relação aos mesmos. Esse fato não pode ser posto em dúvida. O saudoso BELEZA DOS SANTOS, no XII Congresso Penal e Penitenciário, afirmava que a habitualidade decorre exatamente da insuficiência da pena, sendo mesmo possível estabelecer uma espécie de equivalência entre as noções de habitualidade criminal e de inutilidade da pena (Cf. JACQUES-BERNARD HERZOG, *Le délinquant d'habitude em droit comparé, in Delitto e Personalità*, 1955, p. 388).

O sistema ainda hoje dominante na legislação é o da aplicação cumulativa da pena e medida de segurança detentiva, a exemplo do Código ROCCO. Algumas legislações submetem o criminoso habitual apenas a medida de segurança. Esse é o sistema introduzido pela lei sueca de 1927 (internação em estabelecimento de segurança). Em outros países vigora o sistema de facultar ao tribunal a escolha entre a pena e a medida de segurança. É o sistema inglês, que permite ao juiz aplicar, ao invés da pena a *preventive detention* ou o *corrective training* (*Criminal Justice Act*, §§ 21/23). Entre outras soluções situa-se o cumprimento de pena em prisão especial (Código grego, art. 90, estabelecendo pena indeterminada).

Examinando-se o projeto HUNGRIA, vê-se que parte ele da identificação, *na forma de cumprimento*, da penas com a medida de segurança detentiva. Assim sendo, pareceu ao eminente mestre, que seria fácil resolver a questão dos criminosos habituais ou por tendência, permitindo simplesmente a agravação da pena até o dobro.

Essa solução é substancialmente a do Código iugoslavo (art. 40^a), com a importante diferença que este não prevê a perigosa presunção de habitualidade. Nisso o projeto HUNGRIA é inédito (agravar a pena e presumir a habitualidade).

Parece-nos, em princípio, repugnante punir mais severamente o criminoso habitual, em virtude de uma condição de sua pessoa, que independe da culpa. A fórmula do anteprojeto não pode ser aceita, portanto, sem reservas. Compreendemos o sentido pragmático da disposição contida no art. 60 e o ceticismo natural do legislador quanto à criação de estabelecimentos especiais destinados a esse tipo de delinquentes.

Se a comissão revisora, todavia, entender que deve ser mantida a solução esboçada, parecem-nos oportunas as seguintes observações: 1. A remissão feita na última parte do art. 60, *caput*, ao art. 58, significa que o juiz não ficará adstrito aos limites da pena cominada, ao aumentar a pena dos criminosos habituais ou por tendência. Nesse caso, a expressão “salvo a disposto no art. 58”, deve ser substituída por “atendendo-se ao disposto no art. 58”. 2. A fórmula do anteprojeto, presumindo, num caso a habitualidade, e, noutro, declarando-a facultativa, é o sistema usual na legislação. O projeto HUNGRIA foi aqui muito cuidadoso e não merece censura. Corretas também as disposições sobre o criminoso por tendência e a identificação do criminoso habitual e profissional. Este é apenas caracterizado por tirar habitualmente do crime seus meios de subsistência.

25. *Concurso de crimes* — Perfeita a solução do anteprojeto. O idêntico tratamento para o concurso formal e o concurso real é solução de justiça. A fórmula do código vigente, para o concurso formal é extremamente equívoca, em face da disposição final, que impõe o cúmulo material quando a ação ou omissão são *dolosas* e os crimes concorrentes resultam de desígnos autônomos. O mesmo tratamento para as

duas espécies de concurso aparece em vários códigos modernos, como o suíço (art. 68); o italiano (art. 81); o dinamarquês (§88) e o iugoslavo (art. 46).

26. *Crime continuado* — Na disciplina do crime continuado, manteve o anteprojeto o critério do código vigente, que se funda na teoria puramente objetiva. Essa teoria acha-se hoje totalmente abandonada, embora tenha tido, em certa época, algum prestígio, na doutrina e jurisprudência alemãs. Prevalece agora, porém, por toda parte, a teoria subjetiva-objetiva ou mista, que exige a *unidade de resolução*. Os argumentos apresentados pelos partidários da teoria objetiva pura, em verdade, não têm consistência. VON HIPPEL (*Deutsches Strafrecht*, vol. II, 1930, p. 542), por exemplo, dizia que não há um dolo geral ou de conjunto (*Gesamtvorsatz*) ou uma resolução geral (*Gesamtentschluss*), pois cada ação isolada exige uma nova deliberação. Não há diferença entre *dolo* e *resolução*. A teoria subjetiva-objetiva exigiria que o agente tivesse, desde o início, uma espécie de vontade geral, que abrangesse todas as ações isoladas. Isto, porém, só excepcionalmente acontece e exigí-lo seria tornar sem valor algum o conceito de crime continuado. Por outro lado, não seria possível a continuação em crime culposo. Como VON HIPPEL, LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 352 e MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 231. Entre nós, veja-se o excelente trabalho de NELSON HUNGRIA, *Crime continuado*, in *Novas Questões Jurídico-Penais*, 1945, p. 87. MEZGER, que no *Tratado* sustentava a teoria objetiva pura, reconheceu, mais tarde, que não é correto deixar de considerar o lado subjetivo (*Strafrecht, ein Studienbuch*, 1960, pág. 261: *Gleichwohl ware es nicht richtig, die subjektives Seite bei der fortgesetzten Handlung ausser acht zu lassen*). A teoria objetiva pura confere ao criminoso um privilégio totalmente injustificado. Como diz o nosso ANIBAL BRUNO (*Direito Penal*, vol. II, p. 678), referindo-se ao crime continuado, “na realidade, o crime aí é um só e o que lhe atribui o indiscutível caráter unitário é, junto ao vínculo material que prende a sua realização objetiva, a *unidade do elemento psíquico*”.

É verdade que há, na doutrina, certa discrepância na identificação desse elemento psíquico. Ao passo que alguns autores, especialmente, na Alemanha, exigem um dolo geral e unitário, que se refira a todas as ações que compõem o crime continuado, outros se contentam com a unidade apenas do aspecto intelectual. Na Itália, o art. 81 do Código vigente refere-se a “um mesmo designo criminoso”, e

ROCCO explicava o abandono da *medesima risoluzione* (que constava do Código Zanardelli, artigo 79), dizendo que o que persiste é a ideação, e não a resolução: elemento intelectual e não deliberativo, volitivo. O desígnio não se confunde com o dolo (e eis porque é equívoca a disposição da parte final do art. 51 §1º do código vigente). O crime continuado exige, portanto, a execução de determinado programa ou plano de ação (BETTIOL). Na Alemanha, SCHOENKE-SCHROEDER (*Strafgesetzbuch Kommentar*, 1954, pág. 294) entendem que o lado subjetivo do crime continuado exige apenas que cada resolução subsequente apareça como continuação da anterior, formando cada decisão isolada uma linha psíquica, contínua, que apresenta a mesma significação jurídica que teria uma deliberação de vontade que compreendesse o resultado geral. MEZGER, que acolhe essa concepção, a denomina “dolo continuado” (*Fotsetzungsvorsatz*). Nessa base, torna-se possível a continuação mesmo em crime culposos.

Julgamos que deve ser seguida essa tendência geral, no sentido da teoria subjetiva-objetiva em relação ao crime continuado. Essa era a que adotava nosso direito anterior ao código vigente (art. 39 do decreto 4780, de 27.12.1923, introduzido no art. 66 §2º da Consolidação das Leis Penais). Referindo-se a ela, COSTA E SILVA (*Código Penal*, vol. II, 1938, pág. 283) dizia que o verdadeiro traço característico do crime continuado se acha no elemento subjetivo, na unidade de resolução criminosa. Certamente, porém, aqui, fazia o grande penalista, a exegese do direito então vigente, pois dele partiu a sugestão, logo acolhida, no sentido de introduzir-se a teoria objetiva no futuro direito penal brasileiro. Veja-se também a precisa lição de ANIBAL BRUNO (loc. cit.). Cf., ainda, ROBERTO LYRA, *Comentários*, volume II, p. 377; BASILEU GARCIA, *Instituições*, pág. 511; MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, vol. I, pág. 341. Entendemos, por isso, que deve ser revisto o art. 62 do anteprojeto, incluindo-se a expressão “em execução de um mesmo desígnio criminoso” (aqui perfeitamente adequada), logo após a palavra “espécie”. Fica excluída, é claro, a continuação, relativamente aos crimes culposos. O projeto exclui a unificação da pena de multa, inovação que nos parece oportuna.

O parágrafo único do art. 62, introduzido também pelo projeto, constitui solução legislativa para um problema debatido. Essa disposição do anteprojeto corresponde à

doutrina dominante, e pode ser aceita sem reservas. Só em casos excepcionais seria possível admitir crime continuado em relação a bens jurídicos inerentes à pessoa.

27. *Suspensão condicional da pena* — Nesse capítulo não há alterações substanciais na legislação vigente. A única observação a fazer refere-se ao art. 67 (correspondente ao art. 57 do código atual). Existe hoje um grave dissídio na doutrina e na jurisprudência, no tocante à interpretação do art. 30 §3º: a idade de 21 ou 70 anos, refere-se ao momento do fato ou à época da condenação? Os autores divergem, embora a lei fale em *condenado*.

BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, 1952, vol. I, p. 511, entende que, em face da dúvida no texto legal, deve preferir-se, em cada caso, a solução que mais favorecer, concedendo-se a suspensão condicional quando o réu conte menos de 21 ou mais de 70, quer na data do fato, quer na da condenação. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso*, vol. III, p. 277, aceita essa solução. MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, 1963, vol. I, p. 356, julgando razoável a interpretação de BASILEU GARCIA, entende que a lei se refere à idade do réu à época do fato. NELSON HUNGRIA (*Novas Questões Jurídico-Penais*, 1945, p. 205) entende que se deve considerar a idade à data da condenação pois se assim não fosse a lei diria: “se o condenado *era*, ao tempo do crime, etc.”. A 1ª Conferência dos Desembargadores, em 1943, decidiu que a idade deveria ser considerada à *data do delito*.

A jurisprudência, igualmente, vacila. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que deve ser considerada a idade à época do delito (*Arq. Jud.*, vol. 100, p. 89; *Rev. For.*, vol. 100, p. 128). Outros tribunais assim também decidiram (*Rev. Tribs.*, vol. 288), p. 171; vol. 182, p. 630; *Arq. Jud.*, vol. 65, p. 249). Não faltam, porém, decisões, que consideram a idade à época da condenação (*Arq. Jud.*, vol. 65, p. 253), nem as que seguem a sugestão de BASILEU GARCIA (*Rev. Trib.*, vol. 166, p. 503).

Parece-nos que nossa lei vigente refere-se à data da condenação e que isso está bem claro nos textos, considerando-se ainda os fundamentos da suspensão condicional da pena. O dissídio, todavia, existe, e o legislador tem agora obrigação de esclarecê-lo.

No que concerne aos pressupostos para concessão da medida, por que motivo abandonou o anteprojeto a relevância da sentença penal estrangeira por crime, para impedir a suspensão condicional? (Código vigente, art. 57 n. I). Numa época em que se procura dar maior eficiência à cooperação internacional na luta contra o crime essa providência nos parece totalmente injustificável.

28. *Livramento condicional* — A redução no limite da pena de detenção permissiva do livramento condicional é excelente inovação do projeto. Em verdade, são raros os casos de condenação a pena de detenção superior a três anos.

No parágrafo 2º do art. 71 do projeto está prevista outra inovação: “se o condenado é primário e menor de 21 ou maior de 70 anos, o tempo de cumprimento da pena pode ser reduzido a um terço”.

Essa disposição pode dar lugar a dúvidas. A idéia do projeto é a de considerá-la alternativamente com o livramento condicional, pois de outra forma deveria tê-la incluído no Cap. II desse título. Isso, porém, não está claro e certamente haverá quem advogue a aplicação cumulativa do livramento condicional e da redução da pena, inclusive pelo errôneo entendimento de que essa exegese beneficia o réu. A regra *in dubio pro reo* refere-se apenas à apreciação da prova e não à interpretação da lei. Sugerimos, por isso, a seguinte redação: “Se o condenado é primário e menor de 21 ou maior de 70 anos, pode o tempo de cumprimento da pena ser reduzido a um terço, excluindo-se, nesse caso, o livramento condicional”.

Essa matéria constituindo incidente da execução, deverá repercutir no Código das Execuções Criminais. Será necessário harmonizar os textos.

29. *Vigilância do liberado* — É lamentável que se tenha de manter a disposição inócua constante do art. 63 do código vigente (art. 74 do anteprojeto). Todos sabem que não há vigilância da autoridade policial sobre liberado algum. Os liberados condicionalmente não podem ficar entregues à própria sorte. O extraordinário progresso que se tem feito nesse terreno em outros países, notadamente na Inglaterra e nos Estados Unidos, com a obra admirável da *National Probation and Parole*

Association, deveria ser aproveitado por nós, porque tem significação extraordinária na recuperação social do homem que deixa a prisão condicionalmente. Entre nós talvez se possa, através do serviço social fazer alguma coisa de útil. A dificuldade está em conseguir criar e manter uma instituição que consiga vencer a rotina dominadora da burocracia oficial. Vemos aguardar o que o código das Execuções Criminais tem a dispor a propósito.

30. *Revogação do livramento* — Não aprovamos a inovação contida no art. 75 do anteprojeto. O art. 64 do Código vigente (excluindo a contravenção penal a que tenha sido imposta pena de multa, tão-somente), deve ser mantida. O anteprojeto é, nesse passo, de um rigor perfeitamente injustificável.

31. *Penas acessórias* — A manutenção das penas acessórias mostra bem que o projeto matém a distinção fundamental entre pena e medida de segurança. Como se sabe, é muito controvertida, na doutrina, a natureza jurídica das medidas que os códigos contemplam como penas acessórias. Mas é evidente que uma pretensa unificação da pena com a medida de segurança teria, como primeira consequência, o desaparecimento das penas acessórias, ou sua inclusão nas medidas de segurança. Isso, aliás, é o que fazia o projeto alemão de 1925. Parece claro que as penas acessórias têm um nítido, e talvez prevalente, sentido preventivo. E por isso orientam-se elas no sentido das medidas de segurança.

O anteprojeto HUNGRIA transferiu para o setor das medidas de segurança a inabilitação para o exercício de profissão, a exemplo do vigente código penal alemão (§42, letra *m*), relativamente à inabilitação para conduzir veículos. Cf., a propósito, nosso trabalho *Crimes do Automóvel*, *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, abril-junho, 1963, p. 94.

O anteprojeto disciplina as penas acessórias de forma evidentemente superior à do Código vigente, muito complicada. A única observação a fazer é a de que no art. 83 do anteprojeto deve ser também incluído o parágrafo único do art. 81, porque constitui igualmente hipótese de inabilitação de direitos que independe de delação pela sentença.

32. *Medidas de segurança* — É evidente também a superioridade com que o anteprojeto disciplina as medidas de segurança e sua aplicação, abandonando o sistema do código vigente, que seguiu, como se sabe, o modelo do Código ROCCO, em certos pontos até de maneira servil. Foi suprimida no anteprojeto, sem inconvenientes, a *parte geral*, que consta do capítulo I do Título VI do código vigente. Isso tornou-se possível com o abandono do sistema do duplo binário, e, portanto, com o abandono da internação em casa de custódia e tratamento e da internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional. A execução dessas medidas detentivas obrigava a meticulosa fixação de seus pressupostos. Como já vimos, o anteprojeto partiu do entendimento de que a pena se cumpre como a medida de segurança detentiva.

A análise do anteprojeto nesse passo, suscita algumas observações. A primeira delas diz com a redação do imenso art. 87. Sugeriríamos que fosse dividido em parágrafos, como o art. 88 do código vigente, pois isto facilitaria a consulta.

Verifica-se agora, por outro lado, que a duração mínima da internação em manicômio judiciário (art. 88) já não depende da pena cominada ao crime. Este critério, seguido pelo art. 91 do código vigente, é totalmente injustificável. É evidente que a pena cominada não é e não pode ser critério válido para aferir a periculosidade do agente.

O art. 89 do anteprojeto é dos que estão destinados à maior repercussão. É a disposição que permite excluir o sistema do duplo binário, determinando a substituição da pena privativa de liberdade pela internação em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário ou ao estabelecimento penal, ou em seção especial de um ou de outro, desde que o condenado se enquadre no parágrafo único do art. 30 (primeira condição) e necessite de especial tratamento curativo (segunda condição). Não se exclui, portanto, que o condenado se enquadre no parágrafo único do art. 30 e que lhe seja imposta pena. O anteprojeto, em última análise, segue o sistema vicariante, permitindo ao juiz aplicar ou a pena ou a medida de segurança. É a orientação dos códigos e projetos modernos.

Nessa linha de solução, o §1º do art. 89 não deveria proibir a transferência do internado para o estabelecimento penal, sobrevivendo a cura. Pensamos que, ao contrário, deveria expressamente permitir ao juiz da execução a transferência para o estabelecimento penal. Essa solução impõe-se tanto mais quanto a internação prevista nesse artigo 89 aplica-se também aos condenados ébrios habituais ou toxicômanos.

33. *Cassação de licença* — A cassação de licença para dirigir automóveis é uma das medidas de segurança mais importantes, em face da alarmante quantidade de crimes praticados com o automóvel. Nosso código vigente a contempla como pena acessória, mas a experiência nos mostra que nossos tribunais muito hesitam em aplicá-la.

Como se sabe, em algumas leis de maior severidade, como a espanhola, a cassação da licença, como pena acessória, é consequência necessária da condenação. Em outras leis, todavia, essa medida é obrigatória somente em caso de reincidência, sendo facultativa para os réus primários. É o sistema do *Road Traffic Act*, inglês, de 1956 (*Section 26, 4*). Cf. nosso trabalho *Crimes do Automóvel*, cit., p. 93/94. Parece-nos que esse é o sistema que deveríamos adotar, dados os excelentes resultados que vem produzindo. Se o motorista já foi condenado uma vez terá cuidado especial para que, numa segunda infração, não lhe seja imposta obrigatoriamente a cassação da licença. A lei inglesa ressalva, mesmo quando declara obrigatória a medida, a existência de *razões especiais* (*unless there are special reasons to the contrary*). Pensamos que a cabeça do art. 92 do anteprojeto poderia ser alterada, para permitir ao juiz facultativamente a cassação da licença para dirigir, ao réu primário e declarando essa medida obrigatória em relação ao reincidente, salvo razões especiais em contrário.

34. *Transgressão de medidas não detentivas* — É interessante a inovação trazida pelo art. 96 do anteprojeto, estabelecendo que constitui crime de desobediência a transgressão de qualquer das medidas de segurança previstas nos artigos 93 e 95 (exílio local; proibição de freqüentar determinados lugares e interdição de estabelecimento ou sede social). É verdade que o código vigente (art. 359) e o anteprojeto (art. 390) incriminam especificamente a desobediência à decisão sobre

perda ou suspensão de atividade ou direito, o que se refere a penas acessórias, e, no sistema do anteprojeto, à cassação de licença para dirigir veículos. Mas não há incriminação da desobeidiência em relação àquelas medidas de segurança não detentivas, o que é essencial para sua eficácia.

35. *Ação penal* — É incompreensível que se mantenha no código a disciplina da ação penal. É este um dos pontos em que nos achamos em completa e radical divergência com a orientação seguida no anteprojeto. Não há mais quem ponha em dúvida que a ação penal é matéria processual, que nada tem a ver com o direito substantivo. A situação singular do direito vigente, no qual as disposições contidas no Código Penal são reproduzidas no código de processo penal, não pode mais ser mantida. Revela que o legislador de 1940 hesitou no caminho a seguir e preferiu pecar por excesso, distribuindo a matéria, da mesma forma, nos dois códigos.

Não se encontra nos códigos penais a disciplina da ação penal pública. Em relação a esta, há praticamente unanimidade de opiniões: trata-se de matéria puramente processual. São raras as opiniões divergentes, como a de nosso JORGE ALBERTO ROMEIRO, *Da Ação Penal*, 1949, p. 23, fundado, aliás, em MANZINI.

O que se encontra, em alguns códigos, como o italiano (artigo 120); o alemão (§61) e o grego (art. 117); e em alguns projetos, como o alemão, de 1960 (§121), é referência à *ação privada*. Isso, porém, em conseqüência do falso entendimento de que a ação penal privada ou a *querela*, constituem *condições objetivas de punibilidade*, sendo, portanto, institutos de direito material. Esse grave equívoco deveu-se à difícil e controvertida conceituação das condições objetivas de punibilidade, e à sua elaborada distinção dos pressupostos processuais. A matéria atingiu, porém, evidente grau de desenvolvimento doutrinário, permitindo uma certa tranqüilidade para as soluções legislativas.

A *queixa*, nos crimes de ação privada, é mero pressuposto processual, ou seja, condição de procedibilidade de natureza exclusivamente processual. O pressuposto processual, segundo a concepção dominante, introduzida por GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, p. 5, é apenas um pressuposto da decisão do mérito

(*Sachentscheidungsvoraussetzung*). Assim sendo, a ausência da condição objetiva de punibilidade, implica na decisão sobre o mérito, com o julgamento da improcedência da pretensão punitiva (*Freisprechung mit anspruchvernichteter Wirkung*). A ausência de pressuposto processual implica apenas em suspensão do processo, sem decisão quanto ao mérito (*Einstellung des Verfahrens ohne Vernichtung des Anspruches*). Esse perfeito entendimento básico, que já encontramos em BINDING, *Normen*, I, p. 234, e em LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 296, difundiu-se amplamente. Veja-se, a propósito nosso trabalho *Pressupostos do Crime e Condições Objetivas de Punibilidade*, in *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, 1962, p. 167, e também a exata lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, vol. III, p. 326.

No sentido de que a queixa é de natureza exclusivamente processual, cf., entre muitos outros, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, A. T., 1954, p. 21; VON HIPEL, *Deutsches Strafrecht*, vol. II, 1925, p. 286, BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, p. 611; FRANK, *Kommentar*, 1931, p. 200; GERLAND, *Reichsstrafrecht*, 1932, p. 225 (*Die Vorschriften über das Antragsrecht sind daher prozessualer, nicht materiellrechtlichen Natur*); WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1960, p. 53; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 1950, p. 150; SCHOENKE-SCHOEDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1954, p. 268; *Leipziger Kommentar*, 8ª edição, 1957 (JAGUSCH), p. 551: “A queixa — *Strafantrag* prevista no §61 e seguintes é, de acordo com a opinião dominante, um pressuposto processual, pertencendo sua regulamentação propriamente ao direito processual. A natureza jurídica da queixa está hoje certa em sua essência: ela é simplesmente condição do procedimento penal — pressuposto do processo — pertencente, portanto, ao direito processual”.

Na Itália, não menos incisiva e certa é a lição de BETTIOL, *Diritto Penale*, 1962, págs. 555 e seguintes: *Possiamo quindi concludere per la natura meramente processuale della querela*.

Veja-se, entre nós, com referência a toda a regulamentação da ação penal no código penal, em sentido contrário, com sua grande autoridade, ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, 1962, vol. III, p. 229. No mesmo sentido, JOSÉ FREDERICO

MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I, 1961, p. 307: “As regras contidas nos artigos 102 *usque* 107, ficariam melhor colocadas no Cod. de Proc. Penal. Na legislação penal deveriam permanecer tão-somente os preceitos da parte especial que discriminam, nos delitos em espécie, os casos de ação penal pública, dependentes de representação do ofendido, e os casos de ação penal privada, dependentes exclusivamente do sujeito passivo do delito. E isso pela razão muito simples de ser a ação penal um instituto de processo, e não de direito material”.

Parece-nos que nada mais há a dizer. O título VII do anteprojeto não trata de direito penal substantivo e deve ser simplesmente eliminado. Isso não vai, porém, sem que se afirme que as soluções do anteprojeto são, em sua essência, boas e devem ser aproveitadas no Código de Processo Penal.

36. *Perdão judicial* — As causas de extinção da punibilidade previstas no código vigente acrescenta o anteprojeto o *perdão judicial*. É sabido que nem todas as causas de extinção da punibilidade estão mencionadas no art. 108 do Código Penal. Todavia, na lei vigente, há completa omissão relativamente à disciplina do perdão judicial, previsto em várias passagens da parte especial, quando se permite ao juiz isentar o réu da pena. O anteprojeto vem sanar essa falha, sem esclarecer muito, porém, pois afora a indicação que aparece no art. 107, V, nenhuma outra disposição existe acerca do instituto. Como se sabe, há hoje entre nós séria dúvida quanto à aplicação do perdão judicial. Deve o juiz *condenar* e julgar extinta a punibilidade declarando o perdão judicial, ou deve o juiz, reconhecendo os pressupostos da condenação, abster-se de proferi-la, pela concessão do perdão judicial, com o qual declarará extinta a punibilidade? No primeiro caso, o perdão não impede a reincidência.

No sentido de que deve preceder a condenação pronuncia-se o eminente autor do anteprojeto: “Segundo entendemos, o perdão judicial deve seguir-se à efetiva *condenação* do réu (reconhecidas a existência do crime e a autoria imputada), pois, de outro modo, seria criar um benefício de que a lei não cogita, isto é, o de poupar ao réu até mesmo o desfavor de não ser considerado reincidente, se vier a cometer novo crime” (*Comentários*, vol. VII, p. 273).

Já compartilhamos dessa opinião. Mais segura análise da matéria, todavia, nos convenceu de que a razão está com os que entendem que o perdão judicial exclui a condenação. A razão de ser do instituto é precisamente a de poupar ao autor de leve infração penal a vergonha da condenação, à qual o Estado renuncia. É medida de Política Criminal, que pouco valeria se devesse preceder a condenação, pois nesse caso muito se aproximaria da suspensão condicional da pena. Como ensina ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, vol. III, p. 164, o perdão judicial “não exclui somente a punição, como fará a suspensão condicional da execução da pena; detém a condenação. O Estado, pelo órgão da justiça, reconhece a existência do fato punível e a culpabilidade do agente, mas, pelas razões particulares que ocorrem, resolve desistir da condenação que cabia ser imposta”. De notar-se que no direito italiano, que tanto tem inspirado nossa legislação penal, o perdão tem efeitos semelhantes à absolvição, devendo o juiz abster-se de proferir condenação (Código ROCCO, artigo 169).

Parece-nos indispensável que o anteprojeto, de uma forma ou de outra, determine o sentido e significado do perdão judicial. E deve fazê-lo determinando a exclusão da condenação. Será interessante também que o código passe a referir-se a perdão judicial onde apenas refere a isenção de pena. O anteprojeto, prevendo o perdão judicial como causa de extinção da punibilidade, na parte especial continua a manter o sistema do código vigente, que silencia integralmente sobre o perdão.

37. *Prescrição* — Procura o anteprojeto resolver algumas dúvidas que surgiram na aplicação do código vigente, no que concerne à prescrição. Ao invés de referir-se (como o código atual), a prescrição “antes de transitar em julgado, a sentença final” e “depois de transitar em julgado a sentença final condenatória”, preferiu estabelecer, no art. 109, que “a prescrição refere-se à ação penal ou à execução da pena”.

Isto pode ser simples e prático, e, portanto, útil. Mas não é possível deixar de salientar a impropriedade da referência à *prescrição da ação penal*. O que se extingue não é a ação, mas o direito de punir ou a punibilidade do fato em abstrato. Os autores antigos, seguindo, aliás, a tradição romanística, falavam sempre em prescrição da ação. Veja-se, por exemplo, CARRARA (*Programa*, §574). O código francês refere-se a

prescription de l'action publique, e o Código Zanardelli, *a prescrizione dell'azione penale e della condanna* (art. 99). Aliás, o sistema de admitir a prescrição da pena e da ação penal provém do direito francês, sendo encontrado nos códigos de 1791 e 1808, e na jurisprudência anterior aos mesmos. O nosso código de 1890 (art. 71), como o argentino (art. 59), também se referia à prescrição da ação. Contrariando essa tendência, JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Curso de Direito Penal*, vol. III, p. 413), citando CARNELUTTI, esclarece: “Não há prescrição da ação, disse-o muito bem CARNELUTTI (*Appunti sulla Prescrizione, Riv. Dir. Proc. Civile*, 1933, parte I, p. 32/3): *Noi abbiamo ancora l'abitudine di parlare della prescrizione delle azioni. Questo è uno dei tanti residui del pensiero giuridico romano*. E a seguir explica o ilustre processualista italiano que, quando a idéia romana se traduz com as palavras da técnica moderna, *parlare di prescrizione delle azioni è certamente un errore*”.

E esse erro, acrescentamos, pode conduzir também ao errôneo entendimento de que a prescrição tem caráter puramente processual, como aliás, sustentam autores eminentes, como BINDING, NIETHAMER, SCHOENKE-SCHROEDER, MAURACH, JAGUSCH, WELZEL. Nesse caso haveria apenas uma suspensão ou impedimento do processo (*Prozesshindernis*). O argumento fundamental dessa corrente é o que o decurso do tempo não pode transformar a punibilidade em impunibilidade, estando a concepção material da prescrição em desacordo com a justiça e a lógica (SAUER). Veja-se especialmente, SCHOENKE-SCHROEDER, *Kommentar*, p. 278.

A essa concepção opõem-se os que sustentam o caráter jurídico-material da prescrição, a partir de FEUERBAH (LISZT-SCHMIDT, ALLFELD, VON BAR, BAUMGARTEN, BELING, WACHENFELD, FINGER, LOENING, HAFTER, etc.). Campeão dessa tendência, modernamente, é LORENZ (*Die Verjoehrung in der deutschen Strafgesetzgebung*, Munique e Berlim, 1955), entendendo que a prescrição encontra seu fundamento na essência e no fim da pena.

Existe finalmente uma teoria-mista, segundo a qual a prescrição tem caráter material e formal, representando por um lado a perda de interesse na perseguição e no castigo, de vez que, com o tempo, tornam-se estranhos o ilícito e a retribuição; o fato e o agente (M. E. MAYER). Por outro lado, exclui as conseqüências extra-penais,

constituindo um impedimento processual, ou um pressuposto processual negativo (*negativ Prozess voraussetzung*), implicando na suspensão do processo, e não na absolvição com a decisão de mérito, como sustentam os partidários do caráter puramente material do instituto. No sentido da teoria mista, veja-se especialmente VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, vol. II, 1930, p. 558. Essa teoria, que nos parece corretíssima, tem a seu favor a autoridade de MAX ERNST MAYER, FRANK, SAUER, GERLAND, GRAF ZU DOHNA, HELLMÚTH MAYER e outros não menos ilustres autores. Para MEZGER, a teoria mista só se aplica à prescrição da perseguição penal. A prescrição da execução da pena é puramente processual.

Parece-nos, assim, ser inquestionável a permanência da disciplina da prescrição no Código penal. O anteprojeto HUNGRIA, seguindo nosso direito vigente, não merece censura por isso. Entendemos, porém, que não deve a lei referir-se à prescrição da ação, quando se pretende atingir não apenas a relação processual, que pode mesmo não se constituir jamais, mas a pretensão punitiva do Estado, ou seja, o direito à perseguição (*Strafverfolgung*). Cf. MANZINI, *Trattato*, vol. III, p. 484.

38. *Prescrição na sentença condenatória com recurso apenas do réu* — O parágrafo 1º do art. 109 do projeto visa a resolver uma tormentosa dúvida que hoje existe na aplicação do art. 110, parágrafo único, e do art. 109 do código vigente. Em verdade, a disposição do código vigente é nebulosa. Declara-se desde logo prescrita a pena imposta (se só o réu recorre), se entre a denúncia e a sentença condenatória já decorreu prazo suficiente, considerando, não a pena em abstrato, mas a pena que foi aplicada? A divergência jurisprudencial é enorme, embora seja dominante a corrente que responde negativamente à indagação.

Esse dissídio é antigo entre nós, pois já no regime da lei anterior, vacilavam os tribunais na interpretação do art. 35 do dec. 4.780, de 27.12.1923, nos casos em que somente o réu houvesse apelado. Estabeleceu-se a princípio a interpretação mais rigorosa, especialmente pelo voto dos ministros COSTA MANSO e CARVALHO MOURÃO (cf. VALENTIM ALVES DA SILVA, *Repertório de Jurisprudência do Código Penal*, 1954, vol. II, pág. 625). A interpretação que mais beneficiava o réu, a nosso ver, então, totalmente indefensável.

No regime do código vigente, o Supremo Tribunal Federal já decidiu num e outro sentido. Favoravelmente ao efeito retroativo ao tempo anterior, considerando a pena imposta; especialmente por influência do eminente autor do anteprojeto, cuja argumentação é a seguinte: “Se para a prescrição da pena *in concreto* não se pudesse computar, quando suficiente, o tempo transcorrido entre a última causa interruptiva e a sentença condenatória, de que não haja recorrido o M.P., o parágrafo único do art. 110 do Código Penal seria uma rematada superfetação. Se a sentença condenatória é irreformável *in pejus*, dada a ausência de recurso do M.P., a que título ou por que estranha razão a prescrição deveria continuar adstrita à pena *in abstracto*? (*Rev. For.*, vol. 146, p. 397).

Nestes últimos dias, o *Diário da Justiça* da União publicou um acórdão nesse sentido, sendo relator o min. ARY FRANCO. Votaram com o relator os ministros PEDRO CHAVES, VITOR NUNES LEAL, GONÇALVES DE OLIVEIRA e VILAS BOAS. Foram vencidos os ministros CUNHA MELO, CANDIDO MOTA, HAHNEMAN GUIMARÃES e RIBEIRO DA COSTA. Estava na presidência o min. LUIZ GALLOTTI que, se votasse, estaria com a corrente vencida, pois seu ponto de vista é conhecido (*Arq. Jud.*, vol. 94, p. 380). (*Diário da Justiça*, 16.5.63, p. 267). O Tribunal, como se vê, está praticamente dividido. Em outras ocasiões, já decidiu que não se pode dar efeito retroativo à sentença e contar, anteriormente a esta, a prescrição, pela pena *in concreto* (*Diário da Justiça* da União, 23.2.1953, p. 659; *Rev. For.*, vol. 147, págs. 362 e 387 e vol. 146, p. 388; *Rev. Tribs. Tribs.*, vol. 182, p. 473).

Nos tribunais dos Estados essa vacilação do S.T.F. reflete-se intensamente, levando à mesma dúvida e incerteza nas decisões. O tribunal de Santa Catarina, por exemplo, segue o entendimento de NELSON HUNGRIA (cf. DARCY ARRUDA MIRANDA, *Repositório de Jurisprudência do Código Penal*, vol. III, 1962, págs. 238/241).

O Tribunal de Justiça da Guanabara (*Rev. For.*, vol. 117, p. 232); o de São Paulo (*Rev. Tribs.*, vol. 145, p. 56; vol. 163, p. 102) e do Rio Grande do Sul (*Rev. Jurídica*, vol. 25, p. 289; *Justiça*, vol. 31, p. 99) entendem que em caso algum é possível dar

efeito retroativo ao lapso de tempo que vai da denúncia à sentença, considerando a pena em concreto. O argumento central dessa corrente é o de que a sentença condenatória recorrível interrompe a prescrição (art. 117, n. IV), que começa a fluir *ex novo* (BASILEU GARCIA, *Rev. For.*, vol. 139, p. 9). Não é possível, portanto, após a sentença condenatória considerar um lapso de tempo que juridicamente passou a ser irrelevante.

A obscuridade de nossa lei, e a aparente contradição de várias disposições (arts. 109, 110 parágrafo único e 117 n. IV), está a exigir agora, do legislador, uma solução. Tomando conhecimento do problema, o anteprojeto não deixa margem a qualquer dúvida: “Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso, se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§5º) e a sentença, já decorreu tempo suficiente” (art. 110, §1º).

Essa solução não parece correta em face de nosso código vigente, embora reconheçamos ser ela defensável, em face das dúvidas que os textos suscitam. *De lege ferenda*, essa solução não nos parece justificável, de forma alguma, seja por motivos de ordem prática ou científica.

Em primeiro lugar, representa esse critério um afrouxamento no rigor da repressão penal. Em matéria de fixação de prazos prescricionais, sabe-se muito bem, a questão é de sensibilidade jurídica do legislador e não de ciência. E a nós parece, *data venia*, que o anteprojeto concede ao criminoso um estranho favor, de que nenhuma lei penal já cogitou, garantindo, em muitos casos, a impunibilidade, pela conhecida e lastimável morosidade de nossa justiça.

Por outro lado, já agora no plano científico, é necessário assinalar que a sentença condenatória recorrível é causa interruptiva da prescrição da pretensão punitiva. O primeiro efeito da interrupção, na lição dos autores, é precisamente o de tornar sem efeito, no que tange à prescrição, o tempo anteriormente transcorrido.

Atente-se ainda para o fato de que a prescrição é preliminar do mérito, o que significa, como bem nota o nosso JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso*, vol. III, p. 416, que, se for proferida sentença condenatória, a pretensão punitiva foi apreciada e julgada procedente a acusação. “Implicitamente foi declarado, na condenação, que não estava prescrito o direito de punir, nem por outra forma extinto. É, por isso, que passando em julgado a condenação, só pela revisão pode ser reparado algum erro pertinente à prescrição anterior à sentença condenatória. De outra forma, estaria o juiz rescindindo a própria sentença.”

O anteprojeto levaria a essa estranha situação: o juiz condena; o M.P. não apela, mas, sim, o réu; o juiz recebe o recurso e declara a prescrição, mandando, no entanto, seguir o recurso. O juiz reforma, pela apelação, a própria sentença.

Estas são as razões que nos levam a ficar fiéis à anterior lição de nosso mestre NELSON HUNGRIA, quando, a propósito doutrinava, com absoluta segurança: “A concretização da pena, com o advento da sentença condenatória (passada em julgado ou de que somente o réu tenha recorrido), não *retroage* ao tempo anterior a qualquer das causas interruptivas, para o efeito de aproveitamento desse tempo, caso seja suficiente a prescrição relativa à pena concretizada. A solução contrária, por vezes defendida, estaria em franca antinomia com o próprio conceito de *interrupção*. Antes da sentença final, a única prescrição que está a correr é a relacionada à pena cominada *in abstracto* e, sobrevindo a causa interruptiva, o tempo anterior passa a ser um nada jurídico, recomeçando a prescrição a correr integralmente. Com o advento da sentença condenatória, ou o tempo *decorrido do dia da última causa interrompida* é suficiente à prescrição da pena concretizada, ou é insuficiente: no primeiro caso, a prescrição deve ser declarada; no segundo, a prescrição já então referida à pena *in concreto*, começa, *ex integro*, na data da sentença condenatória. Querer utilizar o tempo anterior à última causa interrompida vale o mesmo que pretender ressuscitar um defunto ou extrair substância do vácuo.” *Novas Questões Jurídico-Penais*, 1945, p. 117).

Pensamos que o novo código penal deve necessariamente esclarecer a dúvida que existe na interpretação do código vigente, e que deve fazê-lo estabelecendo que a sentença condenatória recorrível interrompe, em qualquer caso, a prescrição. Se o M.P.

não recorrer, mas apenas o réu, considera-se já iniciada a prescrição da execução da pena, que se regula pela pena imposta.

As demais soluções do anteprojeto, em tema de prescrição, devem ser acolhidas sem reserva, já que constituem soluções técnicas bem superiores às do código vigente.

39. *Reabilitação* — É, como se sabe, acanhada e defeituosa a disciplina desse instituto, em nosso direito vigente. Nossa lei cogita apenas da extinção de penas acessórias, excluindo, portanto, a reabilitação a quem tenha sido condenado tão-somente à éna principal. É conceito restrito, que se contrapõe ao conceito amplo, que inclui também o cancelamento dos registros nas folhas de antecedentes, visando assim, como medida de Política Criminal, apagar, como diz DELAQUIS (*Die Rehabilitation im Strafrecht*, 1907, p. 102), a mancha da condenação anterior, para facilitar a reintegração social do criminoso.

É verdade que o art. 748 do vigente código de Processo Penal estabelece que “a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal”. Fundando-se em tal disposição de nossa lei processual penal, vários acórdãos têm decidido que a reabilitação é cabível também em caso de penas diversas das acessórias, dando dessa forma um sentido mais amplo à reabilitação. Não faltam, porém, os que entendem que essa construção da jurisprudência viola o sentido de nossa lei.

A análise do anteprojeto NELSON HUNGRIA nos revela que introduziu ele algumas modificações importantes em matéria de reabilitação. Manteve, porém, acertadamente, o critério da reabilitação judiciária (que depende de pronunciamento jurisdicional), excluindo o da reabilitação legal, introduzida pelas leis francesas de 1899 e 1900 (*réhabilitation de droit*). Em verdade, não basta para a reabilitação a ausência do crime grave, sendo necessário que o juiz possa declarar, após detida análise das condições de vida do ex-condenado, a sua recuperação social.

A leitura do art. 116 do anteprojeto, todavia, nos leva a crer que mantém ele o critério restrito do direito vigente, pois a cabeça do artigo só se refere à pena acessória. O §2º, referindo-se ao cancelamento das condenações anteriores, subordina-o à reabilitação, que, pelo *caput* só se dirige à pena acessória. Não sabemos se teria sido exatamente essa a idéia que inspirou o eminente projetista. Parece-nos, porém, fora de dúvida, ser necessário prever amplamente a reabilitação, especificando suas duas modalidades na cabe do artigo: extinção de penas acessórias e cancelamento de registro de penas principais ou acessórias, cumpridas as condições que enumera.

A respeito das condições, cumpre observar: o anteprojeto modifica a condição relativa ao prazo (que passa de 4 para 5 anos), medida que nos parece acertada. E manteve basicamente as duas condições já previstas pelo código vigente (art. 119 incisos I e II). Aqui, porém, com visível prejuízo de forma. Nenhuma observação fizemos quanto à redação do anteprojeto, porque nos falta competência nesse terreno. Julgamos que há, aqui e ali, necessidade de revisão cuidadosa da parte gramatical. Aqui no caso, transparece nítida a desvantagem da substituição de “comportamento” por “conduta”. Já empregamos a palavra *conduta* no título de um de nossos modestos trabalhos, pelas razões que já tivemos oportunidade de explicar. Mas é certo que constitui galicismo, de emprego, na hipótese, inteiramente injustificável.

A última observação a fazer a respeito da reabilitação diz respeito à sua proibição nos casos previstos no art. 119 §2º do código vigente: “A reabilitação não pode ser concedida em relação à incapacidade para o exercício de pátrio poder, tutela, curatela ou autoridade marital, se imposta por crime contra os costumes, cometido pelo condenado em detrimento de filho, tutelado, curatelado, ou por crime de lenocínio contra a própria mulher.” O anteprojeto exclui essa proibição, mas parece-nos que deve ser mantida. Como diz ANIBAL BRUNO, em relação a essas privações de direitos, tão graves são as conseqüências do abuso que no exercício destes se comete e tal a incompatibilidade que esses abusos revelam, que amplamente se justifica deles privar o condenado para sempre (*Direito Penal*, vol. III, p. 223).

(*) Artigo publicado na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 03, nos anos 1960.

