

## HELENO FRAGOSO E A REFORMA PENAL

**René Ariel Dotti**

1. Conheci Heleno Fragoso em meados dos anos 60 quando os penalistas brasileiros discutiam o Anteprojeto de Código Penal elaborado por Nélson Hungria. O *disegno de legge* foi publicado em 1963 pelo Ministério da Justiça ao tempo em que a mesma fonte editava os anteprojetos de Código de Processo Penal, de Hélio Tornaghi, e de Código das Execuções Penais, de Roberto Lyra.

Aqueles documentos reuniam grandes preocupações no campo das ciências penais e as linhas de revisão dos estatutos fundamentais da prática da justiça criminal. Eram, também, parte do legado positivo do efêmero Governo Jânio Quadros, posto que durante a sua gestão os mencionados juristas foram convidados para o desafio da reforma penal frente às novas necessidades sociais, econômicas e culturais que emergiram no final da década dos 50.

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

O crime de furto era previsto no art. 164 (criminalizava-se o furto de uso, art. 165); o roubo estava no art. 167 e no Capítulo dos crimes contra o patrimônio se previa autonomamente a *chantagem*: “Obter ou tentar obter de alguém, para si ou para outrem, indevida vantagem econômica, mediante a ameaça de revelar fato, cuja divulgação pode lesar gravemente a sua reputação ou de pessoa que lhe seja particularmente cara: Pena — reclusão, de 3 a 10 anos e pagamento de 30 a 80 dias-multa” (art. 171).

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

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

Entre as hipóteses de ilícito contra a assistência familiar se incluía o “abandono de mulher grávida” através da seguinte norma: “Abandonar, na indigência, ou sem assistência, a mulher que tornou grávida e se acha na impossibilidade de prover a própria subsistência, em razão da gravidez ou do parto: Pena — detenção, até seis meses ou pagamento de 5 a 15 dias — multa (art. 267).<sup>1</sup>

No campo dos ilícitos contra a saúde, o comércio, a posse e a facilitação de uso de entorpecentes se mantinham num único artigo (com quatro parágrafos) no corpo do Código Penal (art. 305) e o tipo do curandeirismo não sofria alteração em confronto com o texto do Código.

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

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

Também no mesmo Capítulo, após a conservação das normas incriminadoras referentes ao patrocínio infiel e ao patrocínio simultâneo ou tergiversação — assim como se contém no texto do Código —, criava-se o tipo designado por “advocacia marron”: “Prestar assistência jurídica a outrem, sem autorização legal e mediante

---

<sup>1</sup> Na Parte Geral estavam cominados os limites penais, da seguinte forma: *a*) o mínimo da pena de reclusão era de 1 (um) ano e o máximo, de 40 (quarenta) anos; *b*) o mínimo da pena de detenção era de 15 (quinze) dias, e no máximo de 20 (vinte) anos (art. 45, §1º); *c*) a pena de multa, cominada em dias-multa tinha o montante de 1 (um) dia-multa, no mínimo e 300 (trezentos dias-multa, no máximo (art. 42); *d*) o “algarismo” do dia-multa era fixado “segundo o prudente arbítrio do juiz devendo este ter em conta as condições pessoais e econômicas do condenado”, não podendo ser inferior ao salário mínimo da região, nem superior a Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros) (art. 42, parágrafo único).

remuneração: Penal — detenção até 3 (três) meses, ou pagamento de 3 (três) a 15 (quinze) dias-multa.” (art. 385).

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

Mantinhm-se no entanto, as disposições (complicadas) a respeito das penas acessórias (art. 78), não obstante a demonstração prática de inconsistência como categoria de características próprias, além da perda de crédito institucional de algumas modalidades como a publicação da sentença.

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

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

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

---

<sup>2</sup> Com a transferência da Capital Federal para Brasília (21.04.1960), o então Distrito Federal, constituído pela cidade do Rio de Janeiro, transforma-se em Estado da Guanabara. Tal situação permaneceu até 1975 quando ocorreu a fusão entre os Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro, sob a denominação de Rio de Janeiro.

Heleno Fragoso foi o secretário da *Revista* em seu novo período de existência<sup>3</sup> e o grande animador cultural. Não somente atuava nas funções de secretário. Era, também, o diretor de fato, minucioso como organizador paciente das colaborações. Graças ao seu talento e à sua perseverança, a *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* e suas sucessoras mantiveram durante vinte anos justo destaque nacional e internacional. O seu primeiro número — durante a fase de 1963 a 1967 —, continha expressivas matérias. Basta a simples indicação de autores, temas e seções da publicação para se avaliar o grande vazio dos dias presentes: Néelson Hungria, “Direito Penal e Criminologia”; Howard B. Gill, “Filosofia Correccional e Arquitetura”; Darcy Arruda Miranda, “O Problema Criminológico do Alcoolismo”; Theodolindo Castiglione, “O que Revela a Criminalidade das Favelas”; Magalhães Noronha, “O Tecnicismo-Jurídico Penal”; Armida Bergamini Miotto, “Problemas suscitados pela Publicidade dada aos Fatos Criminosos”; Everardo Luna, “As Ciências Penais”; Aloysio Maria Teixeira, “Publicidade dos Atos Criminais e dos Processos Penais”; Paulo José da Costa Júnior, “Presunção Normativa de Perigosidade e Jursidicionalização da Medida de Segurança” e Edgard de Moura Bittencourt, “Vitimologia como Ciência”.

Além da seção denominada *Doutrina*, aquele número da *Revista* mantinha espaços para a *Crônica*: Paulo José da Costa Júnior, “Luto nas Letras Jurídicas” (homenagem póstuma a Giulio Battaglini); *Notas e Informações*: sobre a reforma da legislação penal; visita de Giuseppe Bettiol; Cursl Internacional de Criminologia em Israel; penalistas brasileiros na Colômbia e a outorga do Prêmio Alcântara Machado; *Noticiário do Instituto de Criminologia*; *Resenha Bibliográfica*: Eliezer Rosa, sobre os *Elementos de Direito processual Penal*, de José Frederico Marques; Heleno Cláudio Fragoso, comentando os escritos comemorativos ao 70º aniversário de Eberhard Schmidt; Paulo José da Costa Júnior, comentando a 2ª edição do volume 1 do *Direito Penal*, de Magalhães Noronha; Lieb Soibelman, resumindo a obra *Técnica e Tática da Defesa Criminal*, de Serrano Neves e Heleno Cláudio Fragoso, comentando o lançamento do volume III do *Direito Penal — Parte Geral*, de Aníbal Bruno.

---

<sup>3</sup> Aquela importante publicação teve a seguinte história: 1ª fase (1937 – 1932), com o *Boletim da Sociedade Brasileira de Criminologia*; 2ª fase (1933 – 1946), sob a denominação de *Revista de Direito Penal*; 3ª fase (1947 – 1953), sob a denominação de *Revista Brasileira de Criminologia*; 4ª fase (1953 – 1956), com a designação de *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, sob a direção de Roberto Lyra; 5ª fase (1963 – 1967), com a mesma designação e como órgão oficial do Instituto de Criminologia da Universidade do Estado da Guanabara; 6ª fase (1971 – 1981), com a designação de *Revista de Direito Penal*, sob a direção de Heleno Cláudio Fragoso e como órgão oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade Cândido Mendes; 7ª fase (1981 – 1983), com a designação de *Revista de Direito Penal e Criminologia*, sob a mesma direção e continuando a ser órgão oficial do referido Instituto de Ciências Penais. A última publicação, sob o número 35, correspondeu aos meses de janeiro a junho de 1983.

A *Resenha de Revistas* era outro setor importante da publicação. Ela informava o que de mais atual havia nas edições estrangeiras de avançados países em matéria de Direito Penal e ciências afins.

E, finalmente, na parte reservada à divulgação de *Leis e Projetos*, publicava-se o Anteprojeto de Código Penal (Parte Geral), de Nélson Hungria.

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

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

Ao admitir que o trabalho foi elaborado em prazo exíguo, Heleno Grafoso reconhecia no anteprojeto a base ideal para os estudos da reforma e a demonstração da inegável experiência de Nélson Hungria na feitura de leis e na surpreendente evolução de seu espírito “sempre em dia com as mais recentes contribuições ordinárias”.

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

Numa segunda etapa (*Revista*, nº 3, outubro-dezembro de 1963), Heleno Fragoso abordou estes aspectos: criminosos habituais e por tendência; concurso de crimes; crime continuado; suspensão condicional; vigilância do liberado; revogação do livramento; penas acessórias; medidas de segurança; ação penal; perdão judicial; prescrição e reabilitação.

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

Os anteprojeto do Código Penal, do Código de Processo Penal e do Código das Execuções Penais, estavam “rigorosamente na estaca zero”. Mas que, não obstante o

aludido inconveniente, a proposta legislativa de Néelson Hungria aparecia como objeto de notáveis estudos e debates em todos os grandes centros da cultura jurídica do país, a exemplo do Instituto dos Advogados do Paraná em conjunto com o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, seguindo orientação vitoriosa do Instituto Latino-Americano de Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD), de São Paulo.

Helena Fragoso assumiu posição de extraordinário relevo durante aquele fecundo tempo de reflexões críticas e de mudanças que coincidiam com um novo período da história econômica e social do Brasil.

As polêmicas em torno de algumas propostas constantes do anteprojeto envolveram intensamente os especialistas da matéria, merecendo leitura os magníficos artigos de Néelson Hungria (“Em Torno ao Anteprojeto do Código Penal”), editados nos números 3 e 4 da *Revista* nos quais o pranteado mestre revelava o seu imenso talento e a inesgotável fonte de conhecimentos teóricos e práticos sobre a ciência que tanto iluminou a partir do final dos anos 30 e que ainda dignifica com seus textos imorredouros.

7. A relevantíssima contribuição prestada por Helena Fragoso aos movimentos de reforma penal brasileira não se limitaram às observações feitas ao Anteprojeto Hungria, através dos artigos redigidos sempre com a maior precisão doutrinária e um grande volume de informações. Ela foi muito mais abrangente porque interpretou as tendências de revisão dos sistemas penais que se manifestavam em vários centros importantes no cenário jurídico internacional. Ao lado das mudanças legislativas reclamadas entre nós, estavam também a Argentina, com o projeto Soler; a Alemanha, com o anteprojeto de 1960; a URSS, com as *Bases* da legislação penal, organização judiciária e processo penal e o Código Penal, de 1960 e as mudanças propostas pelos códigos grego, suíço, iugoslavo, polonês, e outros.

Helena Fragoso, portanto, não se satisfazia em examinar minuciosa e competentemente, os temas do Direito Penal à luz da teoria e da prática de nosso país. A sua sensibilidade cosmopolita e o seu amor à perfeição, levaram-no a viajar por diversos mundos antigos e modernos a fim de extrair os melhores momentos de cada universo local e as peculiaridades dignas de consideração especial. Participou de congressos e reuniões internacionais e integrou representativos conselhos diretivos de órgãos internacionais. Foi membro do Comitê de Redação da *Revue Internationale de Droit Pénal*, órgão oficial da Associação Internacional de Direito Penal e participou do Conselho Consultivo Internacional da revista *Doctrina Penal*, ao lado de figuras exponenciais como Marino Barbero Santos (Espanha), Giuseppe Bettiol (Itália), Hans

Heindrich Jescheck (Alemanha), Luis Bramom Arias (Peru), Marchall Clinard (USA) e Lola Aniyar de Castro (Venezuela).

Além de artigos tratando de temas jurídico-penais de vários países,<sup>4</sup> Heleno Fragoso produziu textos de grande ressonância internacional e que mereceram edição na Alemanha, na Itália, França, Estados Unidos e América Latina.

8. A contribuição do pranteado penalista no movimento em favor do Código Penal Tipo para a América Latina, merece referência detalhada.

Como lembrou muito apropriadamente Alfonso Reyes,<sup>5</sup> o sonho de uma legislação universal de características unitárias tem sido acalentado por muitos visionários. No âmbito do Direito Penal podem ser referidas as tentativas das conferências internacionais para a unificação como as de Varsóvia (1927), Roma (1928), Cairo (1937) e Genebra (1947).

Nos países latino-americanos a iniciativa sensibilizou a comunidade de penalistas como ocorreu com o Congresso de Criminologia realizado em Santiago do Chile em 1941. Naquela oportunidade foi amplamente discutida a proosta sobre a reforma da legislação penal na América relatada pelo ilustre Eusebio Gómez.

Entre os juristas de grande prestígio internacional, Jiménez de Asúa revelou-se cético quanto à possibilidade de unificação, diante da intranquilidade legislativa dos povos íbero-americanos. A instabilidade dos Códigos Penais constituiria obstáculo capaz de reduzir a tentativa de elaboração de um diploma internacional como “uma bella utopia”.<sup>6</sup>

O pessimismo de Asúa, porém, não era absoluto. Embora indicando e analisando as dificuldades de um grande projeto de unificação, o mestre espanhol admitiu a existência de esferas nas quais seria possível a empreitada. Assim, em algumas matérias como: *a*) a defesa contra a atividade dos delinqüentes habituais, profissionias e reincidentes perigosos; *b*) a extradição, mantido o princípio da vedação

---

<sup>4</sup> Entre outros: “Apontamentos sobre o conceito de crime no Direito Penal soviético”, em *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 5 (abril-junho), de 1964, p. 67 e ss. e “Notas sobre o Direito Penal Anglo-Americano”, na mesma Revista, nº (julho-setembro), de 1966, p. 105 e ss.

<sup>5</sup> “Rumo à unificação da legislação penal latino-americana”, artigo publicado na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 15 (Outubro – dezembro) de 1966, p. 69 e ss., trad. de Rosa Maria Duarte Guimarães.

<sup>6</sup> Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Losada S/A, Buenos Aires, 1964, Tomo I, p. 1383.

quanto aos criminosos políticos; *d*) a validade temporal e especial da lei penal; *e*) o tratamento penitenciário; e *f*) as medidas referentes à delinquência juvenil.<sup>7</sup>

Muitos anos depois do Congresso de Santiago do Chile, o ideal de unificação voltou às pautas das reuniões internacionais. Foi justamente na mesma cidade e país que, em 1962, reuniram-se penalistas do continente para retomar o projeto que agora vencia as primeiras etapas para se converter, nove anos mais tarde, no Código Penal Tipo para a América Latina.

O diploma editado contém a Parte Geral (arts. 1º a 112) em versões espanhola e portuguesa.<sup>8</sup>

A contribuição de Heleno Cláudio Fragoso para tal evento foi marcante. Desde a primeira reunião, em 8 de outubro de 1962, no Diretório do Instituto de Ciências Penais do Chile, sob a direção de Eduardo Novoa Monreal, até as etapas finais da redação do documento. Houve sessões em 15 de julho e 4 a 16 de outubro de 1963 (Santiago do Chile); 19 a 23 de outubro de 1965 (Lima); 3 a 15 de abril de 1967 (Lima); 20 a 30 de janeiro de 1969 (Caracas); 9 a 10 de março de 1970 (Bogotá); 12 a 17 de abril de 1971 (São Paulo). Nesta última reunião foi aprovado o texto final da Parte Geral.

O Código Penal Tipo para a América Latina não alcançou o estágio da Parte Especial. No entanto, a relevante contribuição prestada pelos seus redatores constitui um marco de grande importância para a história e a experiência dos modelos penais do continente. Como salientou Francisco Grisolia,<sup>9</sup> a promulgação do Código Penal da Costa Rica (Lei nº 4.573, de 4 de maio de 1970), fundamentalmente inspirado no Código Penal Tipo e algumas leis mexicanas, como a referente ao livramento condicional, revelaram o aspecto altamente positivo da iniciativa de unificação.

Na reunião de Lima, em 1967, Heleno Cláudio Fragoso, foi o relator do Grupo de Trabalho brasileiro, presidido por Néelson Hungria e, mais uma vez, demonstrou a sua vocação de extraordinário penalista e de missionário na obra de revisão dos sistemas positivos de Direito Criminal. O seu artigo a propósito da aludida sessão, constitui valioso subsídio para os juristas e os historiadores não somente pela precisão das informações técnicas, como também pela qualidade científica da abordagem que

---

<sup>7</sup> Luis Jiménez de Asúa, ob. cit., os. 1.391 e 1.392. A extraordinária produção científica do inesquecível mestre também cuidou da compilação de leis estrangeiras como se verifica pelos *Códigos Penales Ibero Americanos*, Editorial Andres Bello, Caracas, 1946, vols. I e II.

<sup>8</sup> *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, Editorial Jurídica de Chile, *Parte General*, Santiago do Chile, 1973, tomos I e II.

<sup>9</sup> “Reseña” sobre o processo de formação do Código Penal Tipo, ob. cit., Tomo I, p. 135.



fez em relação a temas nobres como as causas de exclusão da culpabilidade, autoria e participação, reincidência e habitualidade, causas de justificação e penas e medidas de segurança.<sup>10</sup>

9. Os estudos, pacientes e fecundos, dedicados à elaboração do texto do Código Penal Tipo e os trabalhos desenvolvidos com as mesmas virtudes na Comissão Revisora do Anteprojeto de Código Penal,<sup>11</sup> foram *vasos comunicantes* da grande produção intelectual de Heleno Fragoso, naqueles anos.

A primeira Comissão instituída para analisar o Anteprojeto contou com a presença do próprio autor e as participações de Hélio Tornagui e Roberto Lyra que se haviam encarregado de elaborar os anteprojetos de Código de Processo Penal e Códigos das Execuções Penais, respectivamente.

Com o advento da nova ordem institucional em nosso país, a partir de 1º de abril de 1964, e a conseqüente usurpação do poder pelos militares, surgiu um novo Governo de que foi Ministro da Justiça o notável senador Milton Campos. Pretendeu-se prosseguir com os trabalhos de revisão. No entanto, Roberto Lyra a isso se opôs, negando-se a permanecer nas comissões revisoras de Código penal (como presidente) e de Código de Processo Penal (como membro), convencido de que “uma obra de tanta magnitude científica e de tanta delicadeza não deve sobrecarregar e desviar, nesta hora, um Parlamento ressentido e emprazado”.

Na histórica carta ao Ministro Milton Campos, o autor do Anteprojeto do Código das Execuções Penais, proclamando-o como “tentativa de criação e avanço” dirigiu “emocionado apelo no sentido de deixar a sua revisão e seu encaminhamento para oportunidade mais propícia à reflexão”.<sup>12</sup>

Em 9 de fevereiro de 1965, foi constituída nova Comissão Revisora do Anteprojeto de Código Penal, sob a presidência de Anibal Bruno da qual participariam Néelson Hungria, Hélio Tornaghi e Heleno Cláudio Fragoso.

---

<sup>10</sup> “A terceira reunião da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina”, em *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* nº 16, de 1967, p. 55 e ss. Outro importante trabalho de Heleno Fragoso sobre a visão internacional dos problemas enais se contém no artigo “O Direito Penal Comparado na América Latina”, em *Revista de Direito Penal*, nº 24, de 1977, p. 17 e ss.

<sup>11</sup> Ainda Ministro do Supremo Tribunal Federal, Néelson Hungria recebeu a incumbência, em 1961, durante o Governo Jânio Quadros, de elaborar o Anteprojeto de Código Penal. O documento recebeu duas edições da Imprensa Nacional (1963 e 1965) e foi publicado pela *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* (nºs 1 e 2, abril-junho e julho-setembro de 1963), além de figurar como apêndice de várias edições do Código Penal e legislação complementar, a partir de 1963, pela Editora Saraiva.

<sup>12</sup> A carta é datada de 17 de junho de 1964 e está publicada na obra de Roberto Lyra, *Novo Direito Penal*, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1971, vol. I, p. 30.

Até o encerramento dos trabalhos de revisão e a promulgação do novo Código Penal, através do Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969,<sup>13</sup> o labor de Heleno Fragoso foi de notável qualificação científica e fervorosa dedicação. A ele e somente a ele se deve a iniciativa de registrar, embora sumariamente, a memória das atividades das comissões que revisaram o Anteprojeto Hungria. Além dos comentários críticos divulgados pela *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* sob o título “A Reforma da Legislação Penal”,<sup>14</sup> Heleno Fragoso escreveu os “Subsídios para a história do novo Código Penal”<sup>15</sup> revelando fatos e situações desconhecidos do público. Neste artigo, Heleno Fragoso afirma, com modéstia, que participou “rapidamente, na fase final, que antecedeu à promulgação do Decreto-lei”.<sup>16</sup> Na realidade, porém, a sua contribuição foi marcante também na etapa derradeira da gestação do anteprojeto, incumbindo-se, inclusive, da redação da Exposição de Motivos da Parte Geral, enquanto o texto relativo à Parte Especial coube ao Professor Benjamin Moraes Filho. A Comissão Revisora, após a morte de Néelson Hungria (março de 1969), restou integrada por Heleno Fragoso, Benjamin Moraes Filho e Ivo D’Aquino.

Na frase final de seus “subsídios”, Fragoso anuncia a continuação do registro da memória dos trabalhos de revisão do Anteprojeto. Lamentavelmente, tal não ocorreu.

10. Contemporaneamente às tarefas da revisão já aludida, Heleno Fragoso dedicava-se ainda intensamente às funções do magistério e da advocacia. As suas *Lições de Direito Penal* (Parte Especial, 1ª edição, 1958; 2ª edição, 1962) que alcançaram consagração editorial e se mantêm anos após a sua morte (18 de maio de 1985) eram transmitidas para muito além do conteúdo escrito dos livros. Nas salas de aula, nos auditórios acadêmicos e profissionais do Direito, nos mais diversificados cenários de inquietação científica e política, heleno Fragoso desfilava com a maior segurança na exposição dos conceitos dogmáticos, sem ignorar a realidade social e econômica que transtornava a pureza e a abstração das teorias. Com a correta perspectiva da *praxis* que lhe oferecia a experiência do advogado militante, Fragoso colaborou também nos movimentos de reforma de leis especiais. Denunciava vícios do sistema através de artigos, teses, conferências e pareceres memoráveis como: “A

---

<sup>13</sup> O “Código de 69”, como passou a ser referido o novo diploma penal brasileiro, percorreu um longo itinerário de *vacatio*. A Lei nº 5.573, de 1º de dezembro de 1969 alterou o art. 407 do Decreto-lei nº 1.004/69 para prorrogar em oito meses o início de vigência. Seguiram-se as Leis nºs 5.597, de 31 de julho de 1970; 5.749, de 1º de dezembro de 1971 e 5.857, de 7 de dezembro de 1972, sempre com o mesmo objetivo, isto é, manter a *vacatio legis*. Em 31 de dezembro de 1973, com a Lei nº 6.016, o Código de 69 foi substancialmente reformado em sua Parte Geral. A Lei nº 6.063, de 27 de junho de 1974, determinou um adiamento definitivo ao declarar que o código reformado entraria em vigor juntamente com o futuro Código de Processo Penal cujo projeto (nº 633/75) permanecia em trabalho de revisão quando o Governo retirou-o do Congresso Nacional. Finalmente, a Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978, revogou o Dec.-lei nº 1.004/69 (com as alterações da Lei nº 6.016/73). Este último lance encerrou um valioso capítulo da História do Direito Penal Brasileiro.

<sup>14</sup> *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nºs 1, 2 e 3 (1963) e 4 (1964).

<sup>15</sup> *Revista de Direito Penal*, nº 3 (julho-setembro) de 1971, p. 7 e ss.

<sup>16</sup> Ob. e loc. Cit.

Justiça Penal e a Revolução”,<sup>17</sup> “O Novo Direito penal Econômico e Tributário”,<sup>18</sup> “Aplicação de Medidas Preventivas Previstas no AI, 2”,<sup>19</sup> “Aperfeiçoamento da Proteção Jurisdicional Interna”,<sup>20</sup> “Os Direitos do Homem e sua Tutela Jurídica”,<sup>21</sup> “Ofensa a Chefe Estrangeiro. Imunidade Parlamentar. Crime contra a Segurança Nacional”,<sup>22</sup> “Direito Penal e Direitos Humanos”,<sup>23</sup> e “Ciência e Experiência do Direito Penal”.<sup>24</sup>

Os trabalhos acima indicados foram produzidos durante os anos 60 e 70 que correspondem, no itinerário do professor e advogado, ao tempo da grande e corajosa obra de comunicação e reflexão em torno dos graves problemas penais existentes no Brasil e no exterior. Durante aquelas décadas, os leitores e especialmente os colegas e amigos puderam perceber a evolução e o vigor do pensamento do pranteado penalista. Era o tempo da dogmática, da persuasão dos conceitos formais e da riqueza de informações. Vale referir: “Conduta Punível”,<sup>25</sup> “Pressupostos do Crime e Condições Objetivas de Punibilidade”,<sup>26</sup> “Apontamentos sobre o Conceito de Crime no Direito Soviético”,<sup>27</sup> “Da Responsabilidade Penal”,<sup>28</sup> “Circunstâncias Agravantes”,<sup>29</sup> “Antijuridicidade”,<sup>30</sup> “Patrocínio Infiel”,<sup>31</sup> “Notas Sobre o Direito Penal Anglo-Americano”,<sup>32</sup> “Notas Sobre o Princípio da Reserva Legal”,<sup>33</sup> “Aspectos da Teoria do Tipo”,<sup>34</sup> “Crimes Contra a Pessoa. Crimes Contra a Vida. Homicídio”,<sup>35</sup> e “Crimes de Trânsito”.<sup>36</sup>

Entre as extraordinárias contribuições prestadas com a sensibilidade e a coragem política do advogado militante durante o tempo da ditadura militar dos anos 60 e 70, merecem referência, além do artigo “A Justiça Penal e a Revolução”, já mencionado, o

---

<sup>17</sup> Rio de Janeiro, 1965.

<sup>18</sup> *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 12 (janeiro-março) de 1966, ps. 63 e ss.

<sup>19</sup> *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 17 (abril-junho) de 1967, p. 151 e ss.

<sup>20</sup> Tese apresentada a III Conferência Nacional da OAB, Recife, 1968.

<sup>21</sup> *Anais da V Conferência Nacional da OAB, Rio de Janeiro, 1974 e Direito Penal e Direitos Humanos*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1977, p. 119 e ss.

<sup>22</sup> *Revista de Direito Penal*, nºs 15/16 de 1974 e *Direito Penal e Direitos Humanos*, cit., p. 179 e ss.

<sup>23</sup> Editora Forense, Rio de Janeiro, 1977.

<sup>24</sup> *Revista de Direito Penal*, nº 26, de 1979, ps. 7 e ss.

<sup>25</sup> José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1961.

<sup>26</sup> *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néelson Hungria*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1962, p. 158 e ss.

<sup>27</sup> *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 5 (abril-junho), de 1964, ps. 67 e ss.

<sup>28</sup> *Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro*, Edição Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1965, ps. 137 e ss.

<sup>29</sup> *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 6 (julho-setembro), de 1965, ps. 109 e ss.

<sup>30</sup> *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 7 (outubro-dezembro), de 1964, ps. 29 e ss.

<sup>31</sup> *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 10 (julho-setembro), de 1965, ps. 89 e ss.

<sup>32</sup> *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 14 (julho-setembro), de 1966, ps. 105 e ss.

<sup>33</sup> *Revista de Direito Penal*, nº 1 (janeiro-março), de 1971, ps. 78 e ss.

<sup>34</sup> *Revista de Direito Penal*, nº 2 (abril-junho), de 1971, ps 59 e ss.

<sup>35</sup> *Revista de Direito Penal*, nº 5 (janeiro-março), de 1972, ps. 25 e ss.

<sup>36</sup> *Revista de Direito Penal*, nº 27 (janeiro-junho), de 1979, ps. 49 e ss.

seu magnífico estudo sobre “Ilegalidade e Abuso de Poder na Denúncia e na Prisão Preventiva”<sup>37</sup> e o livro *Direito Penal e Direitos Humanos*, que reúne textos doutrinários e de proteção às garantias e aos direitos indifícuis.<sup>38</sup> A presença de Heleno Fragoso nas Auditorias Militares, no Superior Tribunal Militar e no Supremo Tribunal Federal em defesa dos perseguidos políticos, constitui um trecho memorável da história profissional e do vigor cívico do pranteado humanista.

11. A marca característica do *espírito reformador* de Heleno Fragoso não se imprimia somente em suas participações nos grupos, comissões e movimentos visando a revisão dos textos legais. Ela estava sempre firme nos artigos, nas teses, nas conferências, enfim, na palavra escrita ou falada.

Nas revistas de Direito Penal e Criminologia que dirigiu e liderou com tanta dedicação e cometência, Fragoso compunha os grandes trabalhos de fundo e ainda conseguia tempo e estímulo para comentar as novas edições de livros e os acórdãos de maior ressonância científica ou factual. As resenhas bibliográficas e a jurisprudência constituíam setores dinâmicos da *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, depois *Revista de Direito Penal* e, na sua última fase, *Revista de Direito Penal e Criminologia*, contribuindo para o aprimoramento dos trabalhos forenses.

Um dos aspectos que mereceu especial atenção da *vocação legislativa* de Heleno Fragoso foi o dos delitos de circulação. Merece (re) leitura o seu artigo “Crimes do Automóvel”. Publicado em 1963,<sup>39</sup> o escrito aborda as perspectivas do Direito Penal de outros países e a legislação nacional, revelando não apenas o apuro dogmático como também as preocupações humanitárias com a grande legião de vítimas resultantes da violência no trânsito. E aquelas abordagens tinham como referência as estatísticas do final dos anos 50 e início dos 60 extremamente suaves em comparação com a estimativa numérica dos eventos durante a década de 80.

Anos mais tarde, agora integrando uma Comissão Especial formada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e ao lado de destacados criminalistas como Ivo D’Aquino, Carlos Araújo Lima, Serrano Neves e Evaristo de Moraes Filho, o infatigável Heleno Fragoso foi o relator de um importante documento sobre “Os Ilícitos Penais do Trânsito e sua Repressão”.

---

<sup>37</sup> *Revista de Criminologia e Direito Penal*, nº 13 (abril-junho), de 1966, ps. 63 e ss.

<sup>38</sup> Editora Forense, Rio de Janeiro, 1977.

<sup>39</sup> *Revista Forense*, vol. 200 e *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 1 (abril-junho), de 1963, os. 83 e ss.

A citada investigação mobilizou os Conselhos Seccionais da OAB, sindicatos e associações de classe representativas de atividades relacionadas com o trânsito e a indústria automobilística. A legislação brasileira foi objeto de análise minuciosa com a colaboração prestada pela eficiente Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal que proporcionou ainda à Comissão o conhecimento dos projetos em tramitação nas Casas do Congresso Nacional sobre a matéria. Várias reuniões foram realizadas e pesquisas se desenvolveram em Varas Criminais a fim de se recolher a visão mais adequada da problemática.

Os dados estatísticos que agora iriam servir de base para as pesquisas foram levantados pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem com base nos anos de 1970 a 1972 e projeção até 1974.

No aludido relatório já se denunciava a falência da repressão aos delitos de trânsito em face da malsinada Lei nº 4.611, de 2 de abril de 1965, que instituiu para os crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa, rito sumário previsto para as contravenções penais. Textualmente foi dito que “essa lei provocou uma série de graves problemas, suscitando difíceis questões jurídicas ainda em aberto (como, por exemplo, a do funcionamento do assistente de acusação na fase policial). O mais sério inconveniente da Lei nº 4.611, que a fez sofrer a crítica unânime de todos os especialistas foi o congestionamento que provoca da já emperrada máquina da justiça criminal, obrigando ao processo de numerosos motoristas inocentes (...) Outros defeitos graves da lei são o processo do motorista que sofreu o dano, e que é, portanto, vítima, e a defesa feita perante a autoridade policial por pessoas inabilitadas, que a lei autoriza”.<sup>40</sup>

A referida Comissão Especial da Ordem dos Advogados do Brasil, sob a liderança notável de Heleno Fragoso, após ter elaborado um estudo da melhor qualidade científica, apresentou o anteprojeto para uma nova lei penal do trânsito.

O *disegno di legge* retirava do Código Penal os ilícitos contra a pessoa cometidos na direção de veículo motorizado (homicídio, lesões corporais, omissão de socorro) e previa também como crimes a fuga do local do acidente; a embriaguez ao volante; a desobediência à interdição imposta com fundamento na projetada lei; a retenção, pelo condenado, da carteira de habilitação; o perigo resultante de violação da regra de trânsito e a jornada excessiva de trabalho. Com este último tipo de ilícito se criminalizava a conduta de exigir ou admitir, na qualidade de proprietário de veículo

---

<sup>40</sup> “Os ilícitos penais do trânsito e sua repressão”, em *Revista de Direito Penal*, nºs 7/8 (julho-dezembro), de 1972, p. 17.

motorizado ou responsável por empresa de transportes, jornada de trabalho de condutor de veículos superior a oito horas diárias (arts. 13 a 19).

O anteprojeto dedicava um capítulo para as contravenções penais cometidas na circulação de veículos. A falta de habilitação; os sinais de perigo (deixar de colocar na via pública sinal ou obstáculo, determinado em lei ou pela autoridade e destinado a evitar perigo à circulação de veículos ou transeuntes) e tipos assemelhados, bem como o ilícito de produção excessiva de gases, som ou ruído (arts. 20 a 22).

O capítulo reservado às disposições sobre o processo e julgamento dos ilícitos de circulação continha apropriadas regras para agilizar o procedimento e os recursos (arts. 24 a 36). Muito significativa foi a introdução de um critério vantajoso em termos de economia processual e de justiça. O anteprojeto previa que ao proferir a sentença condenatória, o juiz arbitraría de plano a indenização devida pelos danos causados pelo réu, procurando previamente conciliar as partes quanto ao respectivo montante (art. 37). O procedimento relativo à reparação do dano far-se-ia nos mesmos autos, devendo ser proferida uma só sentença e a execução do julgado seria promovida pela parte civil habilitada, tramitando no mesmo juízo (arts. 39 e 40).<sup>41</sup>

Houvesse sensibilidade e responsabilidade dos governos que se sucederam nos anos 70 à frente da administração do país e, em especial, do Ministério da Justiça, a Nação poderia ter conseguido um diploma penal e processual melhor configurado às exigências do Direito e da Justiça, com a grande vantagem da salvação de milhões de vítimas ao longo de vinte anos, contados a partir da data da elaboração do relatório e daquele anteprojeto (fins de 1972).

Anos mais tarde, uma Comissão Especial designada pelo Ministro da Justiça elaborou outro anteprojeto de lei sobre crimes de trânsito. Este documento teve por base o anteprojeto relatado por Heleno Fragoso para a Ordem dos Advogados do Brasil e foi objeto de sua análise no artigo “Crimes de Trânsito”<sup>42</sup> que denunciou as graves imprecisões e os vícios do *disegno di legge*.

12. No início dos anos 80 a América Latina passou a conhecer uma nova perspectiva a propósito da unificação dos sistemas positivos.

Liderando um grande continente de especialistas em ciências penais e criminológicas, Eugenio Raúl Zaffaroni coordenou um trabalho de campo em diversos

---

<sup>41</sup> *Revista de Direito Penal*, nºs 7/8 (julho-dezembro), de 1972, ps. 171 e ss.

<sup>42</sup> *Revista de Direito Penal*, nº 27 de (janeiro-junho), de 1979, ps. 49 e ss.

países latino-americanos com a finalidade de colher material para revisar as estruturas formais e substanciais da justiça criminal.

Após ter prestado relevante contribuição para a dogmática penal com obras de extraordinária qualidade científica e técnica, a exemplo de seu *Tratado de Derecho Penal*<sup>43</sup> e, antes mesmo, com trabalhos de notável vigor doutrinário<sup>44</sup> e a organização de códigos penais da América Latina,<sup>45</sup> Zaffaroni impressionou-se com o universo da marginalidade social e de violência dos sistemas legais do nosso continente. Em sua *Política criminal latino-americana*,<sup>46</sup> o exímio catedrático argentino tratou com rara lucidez os mais tormentosos e atuais problemas ligados à matéria. O capítulo dedicado ao Código Penal Tipo para a América Latina mereceu detida análise. Após denunciar a *tendência tecnocrática* do diploma de unificação, Zaffaroni destaca as vertentes que inspiraram o Código, salientando a orientação filosófica do neo-kantismo de Baden, relativamente ao delito, e à postura neo-idealista atual quanto às medidas de reação penal. E sustenta a contradição do Código Penal Tipo com os princípios e as linhas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e vigente a partir de 1978 com a 11ª ratificação.<sup>47</sup>

Demonstrando a sua imensa capacidade de reflexão científica e de *aggiornamento* às transformações sociais e econômicas dos países oprimidos do nosso continente, Heleno Fragoso passou a se integrar nos movimentos internacionais de mudança do sistema das penas e medidas de segurança. Revisando concepções ortodoxas e não raro estéreis a propósito do crime, do criminoso e das reações penais, além de muitas *simetrias racionais* sobre a essência e a circunstância do Direito Penal, Heleno Fragoso atuou no programa de investigação desenvolvido pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos, a partir de 1982, sob a coordenação de Eugenio Raúl Zaffaroni. O primeiro seminário realizou-se em São José da Costa Rica, de 11 a 15 de julho de 1983.<sup>48</sup>

Muito embora os métodos e os meios de pesquisa adotados pelo projeto se caracterizassem como totalmente opostos àqueles utilizados para a elaboração do Código Penal Tipo, nem por isso Heleno Fragoso renunciou ou desertou dedicados às pesquisas de campo sobre a realidade econômica, social política e cultural da América

---

<sup>43</sup> *Tratado de Derecho Penal — Parte General*, Ediar, Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial e Financiera, Buenos Aires, vols. I a V, de 1981 a 1985.

<sup>44</sup> *Teoria del Delito*, Ediar, cit., Buenos Aires, 1973.

<sup>45</sup> *Códigos Penales Latino-Americanos*, em conjunto com Ricardo Levene, edição La Ley, Buenos Aires, 1978, vols. I a IV.

<sup>46</sup> Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1982.

<sup>47</sup> *Política criminal latino-americana*, cit., ps. 118 e ss.

<sup>48</sup> Os delegados brasileiros foram Nilo Batista e René Ariel Dotti (*Sistemas Penales y Derechos Humanos em America Latina*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 1)

Latina. Segundo a marca característica do projeto de investigação sobre os sistemas penais e os direitos humanos, o primeiro objetivo consistiu em estabelecer as identidades peculiares de cada país para, em estágios posteriores, sugerir a revisão a reforma dos sistemas legais. O processo, assim, foi inverso ao adotado pelos mestres que redigiram o Código Penal Tipo.

Como acentuamos linhas atrás, a visão profundamente humana da realidade e a vocação para as reformas, foram algumas das virtudes de Heleno Fragoso, razão pela qual vinculou-se ele ao projeto dirigido por Zaffaroni. Na sessão de abertura da última reunião dos especialistas convidados para elaborar o documento final, Fragoso recebeu carinhosa homenagem póstuma juntamente com Alfonso Reyes Echandia que, no mesmo ano de 1985, fora brutalmente assassinado na condição de refém por terroristas colombianos. O preito de admiração de todos os participantes ou colaboradores da investigação ocorreu no Rio de Janeiro, em 10 de dezembro de 1985, justamente no Dia Internacional dos Direitos Humanos.

13. Os anos restantes de vida física de Heleno Fragoso continuaram revelando as notáveis virtudes de jurista, advogado, mestre e publicista.

Em fevereiro de 1981, um rumoroso processo político trouxe o grande penalista a Curitiba, onde, em companhia de outros advogados, promoveu perante a Auditoria da 5ª Região Militar a defesa de jovens universitários acusados de terem agredido fisicamente a comitiva do Presidente João Figueiredo em Florianópolis (1980). Heleno envolveu-se na causa e vibrou com a absolvição dos estudantes, embora por um *score* apertado (3 votos a 2) conforme comentou, com a tranqüilidade de sempre, nas entrevistas aos jornais e à televisão.

A extraordinária devoção à causa da liberdade ganhou intensidade em trabalhos doutrinários nos quais Heleno Fragoso denunciava o regime de terror implantado pela legislação de segurança nacional, a partir do malsinado Decreto-lei nº 314, de 13 de março de 1967. Aquele foi o primeiro diploma sobre delitos políticos editado com base nos atos institucionais baixados depois de 9 de abril de 1964 pelos governos militares. O Decreto-lei nº 314/67 revogou a Lei nº 1.802, de 5 de janeiro de 1953, promulgada sob o regime da Constituição liberal de 1946.

O Decreto-lei nº 314/67 foi modificado pelo Decreto-lei nº 510, de 20 de março de 1969. A doutrina da segurança nacional, reafirmada no Ato Institucional nº 14, de 5 de setembro de 1969, que modificou a Constituição estabelecendo as penas de morte e de prisão perpétua para as infrações políticas, inspirou o famigerado Decreto-lei nº 898,



de 29 de setembro de 1969; o Decreto-lei nº 975, de 20 de outubro de 1969 e a Leis nº 5.786, de 27 de junho de 1972.<sup>49</sup>

Ao longo daqueles *ásperos tempos*, Heleno Fragoso intensificou a sua advocacia libertária junto aos tribunais militares. Sempre denunciando a extrema severidade das penas, a sua desproporcionalidade em relação aos ilícitos, a *desigualdade das armas* na relação processual, o cerceamento de defesa e, em suma, a intolerância política e ideológica do Estado e de grupos militares, políticos e empresariais que sustentavam o regime de extrema direita.

O vigor das críticas não cegava, porém, o horizonte de Heleno Fragoso que, como advogado e jurista, saudava as reformas benéficas e graduais da *legislação revolucionária*. Assim ocorreu quando foi promulgada a Lei nº 6.620, de 18 de dezembro de 1978, sob a vigência do Ato Institucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, que restaurou a orientação da pena de prisão perpétua e de morte, salvo, quanto a esta última, para os crimes militares cometidos durante o tempo de guerra.

O alento com a atenuação dos tormentos e facismos da legislação anti-subversiva que envolvia os advogados e os perseguidos políticos, sempre lutando ao lado de outros setores lúcidos da sociedade para revogar as leis de exceção, confortava também a alma de Heleno Fragoso. Mas não impedia que o vigor da sua crítica se mantivesse fiel às esperanças de uma modificação integral das leis de segurança nacional editadas nos anos 60 e 70. A propósito e na qualidade de Membro da Comissão Internacional de Juristas, Heleno Fragoso escreveu um pequeno-grande livro intitulado *Lei de Segurança Nacional — Uma experiência antidemocrática* e dedicado aos advogados defensores de presos políticos. Nesta obra,<sup>50</sup> o autor prossegue o trabalho por ele mesmo realizado para o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e acolhido como seu pronunciamento oficial no momento em que se anunciou o propósito de reformar a lei de segurança nacional vigente, o terrível e fantasmagórico Decreto-lei nº 898/69.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> Para uma revisão dos textos legislativos em matéria de segurança nacional, ver Célio Lobão Ferreira, *Crimes contra a segurança do Estado*, Editora Liber Juris Ltda., Rio de Janeiro, 1982; Arthur Cogan, *Crimes contra a Segurança Nacional*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976; Edmundo Moniz, *A Lei de Segurança Nacional e a Justiça Militar*, Editora Codecri, Rio de Janeiro, 1984; *Segurança Nacional*, Edição de Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, 1984.

<sup>50</sup> *Lei de Segurança Nacional — Uma experiência antidemocrática*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1980.

<sup>51</sup> “Sobre a Lei de Segurança Nacional”, *Revista de Direito Penal*, nº 30 (julho-dezembro) de 1980, p. 5 e ss. Outra contribuição corajosa e lúcida sobre o tema foi o relatório apresentado ao 2º Encontro Preparatório do VI Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, realizado em Curitiba (setembro de 1978), sob o título “Lei de Segurança Nacional” e publicado na *Revista de Informação Legislativa*, nº 59 (julho-setembro), de 1978, ps. 71 e ss.

O pensamento e a tendência renovadores de Heleno Fragoso não se continham apenas na análise conceitual dos temas e na observação crítica das linhas que inspiravam a legislação então vigente. Ele apresentava propostas de reforma, atuando assim ao lado da legião de pessoas bem intencionadas e com alguma capacidade de intervenção junto às esferas de poder que colaboravam para abrandar a severidade dos textos legais. Em tal sentido, merecem leitura as bem fundamentadas sugestões para a revogação do Decreto-lei nº 898/69.<sup>52</sup>

As profundas e constantes inquietações com os rumos dos governos autoritários que se sucediam no Brasil depois de abril de 1964 e a insegurança jurídica decorrente da *legislação de pânico* sob a capa da segurança nacional, levaram Heleno Fragoso a escolher os temas do terrorismo e da criminalidade política para a elaboração de sua tese de concurso para Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1980).

Além dos aspectos históricos e dogmáticos, tratados com rigor científico e clareza de linguagem, a tese<sup>53</sup> constitui uma obra de leitura obrigatória para os estudiosos do Direito Internacional Penal e para todos os profissionais das letras jurídicas interessados em conhecer a teoria e a prática da legislação sobre a segurança nacional em nosso país durante o período coberto pelo trabalho.

E desnuda, também, um *corpo de delito* das violências cometidas em nome e no interesse de uma nova ordem política e ideológica que tanto sacrificou as liberdades públicas, os direitos e as garantias individuais, produzindo fatores de desagregação e atraso da sociedade civil.

14. Durante os anos 70 a violência do Estado autoritário assumiu proporções fantásticas na perseguição ideológica e política. A doutrina da segurança nacional era a bandeira e o escudo para o *genocídio* contra a inteligência dizimando grupos de opinião e de pressão legitimamente nascidos e organizados, além de sustentar o monopólio da informação monolítica e dominar os meios de comunicação social como instrumentos de lavagem cerebral.

Aquele panorama de opressão envolvia a América do Sul. Argentina, Brasil e Uruguai mantinham *cinturões* de terror e a caça às bruxas era um dos exercícios constantes dos governos e grupos de extermínio a seu serviço.

---

<sup>52</sup> *Lei de Segurança Nacional*, cit. ps. 37 e ss.

<sup>53</sup> *Terrorismo e Criminalidade Política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1981.

Heleno Fragoso que tantas causas públicas defendera como delegado da seção paranaense da Ordem dos Advogados do Brasil, foi a Buenos Aires no ano de 1976 para examinar pessoalmente a situação dos defensores políticos na Argentina. Elaborou um valioso informe por incumbência da Comissão Internacional de Juristas, órgão consultivo da ONU, com sede em Genebra.

No aludido documento se focalizam as perseguições, as torturas e os assassinatos de advogados pelo fato de atuarem, com desassombro, em favor de acusados políticos. O critério para “justificar” as violências foi admitido por autoridade de relevo, conforme a investigação procedida em Buenos Aires: “os advogados que defendem presos políticos têm também militância política e que é por causa dessa militância que alguns foram mortos e outros estão presos”.<sup>54</sup>

O relatório de Heleno Cláudio Fragoso foi elaborado após uma série de entrevistas com pessoas e instituições representativas da classe dos advogados como o Colégio de Advogados de Buenos Aires, a Associação de Advogados de Buenos Aires e a Federação de Colégios de Advogados. Esteve ele também, em contato com jornalistas, professores universitários e magistrados de diversas categorias.

Em suas investigações na capital argentina, Heleno recebeu a assistência permanente de dois diplomatas que em nome do governo colocaram-se à sua disposição, facilitando os contatos na área oficial. Assim foi possível ouvir ainda ministros de Estado e líderes de vários partidos no Congresso Nacional.

Também foi realizada consulta à legislação, decisões judiciais, coleções de periódicos e ampla documentação sobre os fatos investigados.

Os homicídios, as prisões ilegais, as invasões dos escritórios e outras formas de atentado constantes do relatório ocorreram nos anos de 1974 e 1975.

O informe é minucioso, preciso e corajoso. Retrata à luz de depoimentos e documentos a saga de advogados, de jornalistas, de políticos e tantas outras pessoas envolvidas na luta de resistência contra a ditadura militar argentina.

Heleno Fragoso também promoveu naquela oportunidade um levantamento sobre a situação política e institucional do país vizinho. O estado de sítio, as organizações subversivas, a ação de grupos para-policiais, os atentados ao Poder Judiciário, as torturas aos presos políticos e o cerceamento à liberdade de imprensa,

---

<sup>54</sup> “A situação dos defensores de presos políticos na Argentina”, relatório publicado na *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, nº 19 (maio-agosto), de 1976, ps. 301 e ss.

foram destaques do extraordinário e histórico documento. Ele é uma síntese trágica de um período de terror e trevas.

15. Atualmente está em vigor a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social e estabelece o seu processo e julgamento. Muitas de suas disposições aparecem como inconstitucionais à vista da nova lei fundamental brasileira.<sup>55</sup> Mas, nem por isso o diploma perdeu a característica de mitigação e racionalização política quanto ao elenco das infrações, as formas processuais e, mais importantemente: quanto às linhas filosóficas e doutrinárias em matéria de defesa do Estado Democrático de Direito e suas instituições.

Os profissionais do foro criminal em nosso país com militância nas duas últimas décadas, lembram muito bem o quanto a liderança intelectual e a vocação liberal e humanitária de Heleno Fragoso contribuíram para que as reformas das leis de segurança nacional buscassem estágios de dignidade científica e política e de respeito aos direitos humanos.

Embora sem registros formais durante os trabalhos legislativos que desaguaram na sanção e promulgação da Lei nº 7.170/83, foi muito marcante a atuação do Professor Francisco de Assis Toledo para conferir ao projeto, oriundo do Ministério da Justiça, as perspectivas liberalizantes, a adequação às conquistas graduais da redemocratização do país e o apuro técnico do texto. Assis Toledo foi o coordenador dos projetos de reforma do Código Penal, do Código de Processo Penal e do que instituiu a Lei de Execução Penal (1980-1983).

A vigência da nova Lei de Segurança Nacional encontrou Heleno Fragoso ainda em pleno vigor de suas atividades. No último artigo publicado na Revista sob a sua fecunda direção destacou ele: “A característica mais saliente e significativa da nova lei é a do abandono da doutrina da segurança nacional. Essa doutrina, profundamente antidemocrática, foi introduzida na lei de segurança pelo Decreto-lei nº 314, de 13 de março de 1967. De acordo com essa doutrina, objeto de proteção jurídica passam a ser certos objetos nacionais permanentes, entre os quais se incluem a paz pública e a prosperidade nacional, elementos que levam a confundir a criminalidade comum com a criminalidade política.”

E após analisar detidamente, como era de seu feito, as várias modificações introduzidas no diploma, Heleno Fragoso fez uma retrospectiva em forma de balanço

---

<sup>55</sup> Assim, por exemplo, os arts. 30 e 33, que tratam, respectivamente, da competência para o processo e o julgamento e a prisão para investigações decretada por autoridade não judiciária.

para concluir que o novo texto representa um “avanço notável que não pode deixar de surpreender os que se opõem ao sistema político em vigor. A doutrina da segurança nacional, elaborada pela Escola Superior de Guerra, parecia ser a alma do sistema. A nova lei tende a tornar raros os processos por crime contra a segurança do Estado”.<sup>56</sup>

Mas, ressaltando os aspectos que constituiriam “graves defeitos”, o grande advogado da liberdade levantou várias observações, destacando como “defeitos máximos”, a manutenção da jurisdição militar; o tratamento da chamada *criminalidade política* em lei especial; a prisão cautelar e a incomunicabilidade.<sup>57</sup>

E quase profeticamente, disse Heleno Fragoso: “A evolução de nosso direito, nesta matéria, certamente conduzirá no futuro ao retorno à competência da justiça civil, pelo menos para o processo e julgamento dos crimes contra a segurança interna”.<sup>58</sup>

Cinco anos depois daquelas considerações críticas, o panorama legislativo se modificou. Por força das disposições da Constituição de 5 de outubro de 1988, a competência para o processo e julgamento dos delitos políticos em primeira instância foi deferida aos juízes federais (art. 109, IV) e mantido o recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal (art. 102, II, *b*).

A incomunicabilidade e a prisão cautelar decretada pela autoridade encarregada do inquérito, foram revogadas em face dos incisos LXI, LXII e LXIII, do art. 5º da Constituição.

E quanto ao tratamento dos crimes políticos dentro do próprio Código Penal, assim propôs o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, também em 1988, ao elaborar um anteprojeto prevendo as formas de ilicitude a serem incluídas num Título autoônomo (Tít. XII) e sugerindo algumas modificações no Código de Processo Penal para adequar o procedimento às garantias e aos direitos constitucionais.

Porém, as duas últimas frases do aludido artigo soam como o cântico final do *trânsito* de Heleno Cláudio Fragoso pelos purgatórios e pelos infernos da *divina Comédia* da perseguição ideológica e política. Um *trânsito* rumo ao paraíso de um novo cenário de maior liberdade na lei e na justiça: “Demos agora, com a nova lei, um passo largo. Temos que prosseguir na caminhada”.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> “A Nova Lei de Segurança Nacional”, em *Revista de Direito Penal e Criminologia*, nº 35 (janeiro-junho), de 1983, p. 68.

<sup>57</sup> Ob. cit., p. 69.

<sup>58</sup> Ob. cit., p. 69.

<sup>59</sup> Ob. cit., p. 69. A propósito do *tormento* das sessões e do ambiente da Justiça Militar em relação aos processos políticos dos anos 60 e 70 vale a invocação das imagens utilizadas por Rottleuthner: “a petrificação dos sujeitos humanos”, a “coisificação dos juízes e dos casos”. “Uma mudança de atitudes, a que os juristas também não estão

16. A legislação sobre os crimes econômicos, financeiros e tributários também foi objeto de intensas e extensas críticas do pensamento reformador de Heleno Fragoso.

Já em meados de 1966 ele se referia à “precaríssima legislação penal dos últimos tempos”, para denunciar com gravidade: “tem-se a impressão de que as leis no Brasil são hoje feitas clandestinamente e, no que tange ao direito penal, que são feitas por leigos”.<sup>60</sup>

O exame da fragmentada, conjuntural e labiríntica legislação sobre a matéria constituiu-se um dos exercícios freqüentes de Heleno Fragoso como jurista, professor e advogado durante os anos 60 e 70.

A má elaboração das normas penais, com o predomínio dos técnicos sobre os juristas, conduziu a uma forma de *burocrotização da lei*, vista não somente através da experiência nacional como também de outros países. Na observação do mestre português Castanheira Neves, tal fenômeno constitui a legislação burocrática feita em gabinete e, por isso mesmo, subtraída ao controle jurídico e político, infensa aos valores fundamentais da comunidade em troca de maior eficiência e racionalidade tecnológica.<sup>61</sup>

Aquele *período de trevas*, vivido pelo Brasil dos anos 60 e 70, lembra a situação referida por Hegel quando analisa um dos aspectos do problema da lei e do direito: “Recusar a uma nação culta ou à classe dos juristas capacidade para elaborar um código seria o mais grosseiro insulto que se pode fazer a essa nação ou a essa classe”.<sup>62</sup>

A crítica mais contundente desfechadas por Heleno Fragoso a respeito das leis penais no campo econômico, financeiro e tributário, foi exposta em sua contribuição ao Colóquio Preparatório ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal (1982). Disse ele com a indiscutível autoridade de mestre que “o direito penal brasileiro se caracteriza pela completa e rotunda ineficácia. As leis são, em geral, mal feitas, desatualizadas e lacunosas. Dir-se-ia que o sistema, através desse tipo de leis, se protege, pois assegura a impunidade dos que integram a classe dominante, para os

---

imunes, converte estas tentativas em meras relíquias de museus” (Em Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *Criminologia*, Coimbra-Editora, Limitada, 1984, ps. 518 e 519, dentro do tema “Sociologia da acção jurisdicional”).

<sup>60</sup> “O Novo Direito Penal Econômico e Tributário”, cit. (Nota nº 18), ps. 63 e 64.

<sup>61</sup> *A Revolução e o Direito*, Lisboa, 1976, p. 226.

<sup>62</sup> *Princípios de Filosofia do Direito*, tradução de Orlando Vitorino, Livraria Martins Fontes Editora Ltda., Lisboa, 1976, p. 226.

quais não se destina o direito penal”.<sup>63</sup> E, meticulosamente, o pranteado jurista destaca os vícios da legislação penal das sociedades por ações que não acompanharam as exigências da nova Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 1976); dos diplomas relativos às infrações tributárias (Leis nºs 4.729, de 1965; 4.357, de 1964; 3.807, de 1960 e Dec.-lei nº 326, de 1967); da Lei de Economia Popular (Lei nº 1.521, de 1951); do Código de Propriedade Industrial (Dec.-lei nº 7.903, de 1945); da Lei de Falências (Dec.-lei nº 7.661, de 1945) e da lei sobre instituições financeiras (Lei nº 4.505, de 1964).<sup>64</sup>

São muitas as passagens do seu pensamento crítico e revisionista. Pode-se afirmar que ele estava *permanentemente ligado* às transformações potenciais e reais do sistema positivo e em muitas ocasiões surge como propulsor das mudanças legislativas e na orientação da jurisprudência.

E para comprovar que essas qualidades do espírito científico constituem *bem de família* que enobrece os Fragoso, vale referir os comentários críticos feitos pelo seu filho Fernando Fragoso, à Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional.<sup>65</sup>

17. Nos últimos anos de sua incomensurável atividade intelectual, Heleno Fragoso dedicou-se aos problemas das sanções e em especial da pena privativa de liberdade.

Preocupado com os destinos de um direito penal que se aliena da condição de humanidade e de justiça social, o pesquisador e mestre retoma o assunto que o envolveu no final dos anos 70: a contradição entre as formulações teóricas e a *praxis* do sistema criminal. Admite a encruzilhada em que se encontra o antigamento chamado *magistério punitivo*. E reconhece que “o direito penal do nosso tempo sofreu o impacto criminológico da reação social que submeteu à análise o próprio sistema de justiça”.<sup>66</sup>

Vale transcrever mais alguns trechos do escrito redigido para o livro em homenagem a Alfonso Quiroz Cuarón: “...o direito penal de nosso tempo apresenta-se em situação de crise, pelas discrepâncias entre a ciência e a experiência. Elaboramos um belo sistema de direito penal e, afinal, ele serve para que? Como funciona

---

<sup>63</sup> “Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios”, em *Revista de Direito Penal e Criminologia*, nº 33 (janeiro-junho), de 1982, p. 127.

<sup>64</sup> Ob. cit., ps. 127 e 128.

<sup>65</sup> Em Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal, Parte Especial*, revista e atualizada por Fernando Fragoso, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1988, vol. 1, ps. 683 e ss.

<sup>66</sup> “Ciência e experiência do Direito Penal”, em *Revista de Direito Penal*, nº 26 (julho-dezembro), de 1979, p. 9.

efetivamente? A análise crítica do próprio sistema e as incongruências entre a elaboração teórica e a prática, vieram levar os juristas a uma visão mais humilde de sua atividade e a graves dúvidas sobre as virtualidades do magistério punitivo do Estado” (...) “Orienta-se o direito Penal do nosso tempo no sentido de uma nova humanização, resultado de uma larga experiência negativa” (...) “Reclama-se, assim, menos direito penal. Todavia, a essa recomendação de parcimônia, reage o legislador com perplexidade, ante o fenômeno assistidor do aumento da criminalidade, praticamente em todo o mundo ocidental, principalmente os crimes violentos contra o patrimônio. Diante do aumento da criminalidade, o legislador hesita em aceitar a recomendação dos que pedem menos direito penal. E isso porque o legislador está habituado a trabalhar com o instrumento punitivo, supondo, ingenuamente, que aumentando a severidade das penas resolverá o problema da violência. A criminalidade aumenta, e provavelmente continuará aumentando porque está ligada a uma estrutura social profundamente injusta e desigual que marginaliza, cada vez mais, extensa faixa da população apresentando quantidade alarmante de menores abandonados ou em estado de carência. Enquanto não se atuar nesse ponto será inútil punir, como será inútil para os juristas, a elaboração de seus belos sistemas. Aspiramos um direito penal mais humano. Um direito penal que efetivamente exerça função de tutela de valores de forma justa e igualitária. Isso só será possível numa sociedade mais justa e mais humana, que assegure os valores fundamentais da dignidade humana e da liberdade”.<sup>67</sup>

Revelava-se plenamente a angústia do cientista e a desesperança do professor de maior prestígio entre os penalistas de sua geração. Tantos anos de peregrinação pelos mistérios das ortodoxias e das extensas e intrincadas teorias, dos constantes exercícios dogmáticos e, para quê? Ou, então, por quê?

Mas, para o espírito combativo e o universo de humanidade de Heleno Fragoso, a frustração em torno das concepções e dos frutos sociais do Direito Penal não se convertia em *ponte de passagem* para o ceticismo e a anomia. A sua militância em favor do ser humano o conduzia a um positivo estado de dúvida como processo e princípio do conhecimento, assim como a descoberta de René Descartes: “para examinar a verdade é necessário uma vez na vida, pôr todas as coisas em dúvida, tanto quanto se puder”.<sup>68</sup>

A dúvida como fenômeno de revitalização do espírito e estímulo para prosseguir na luta contra as concepções e fórmulas injustas do direito e da justiça criminais, pareciam constituir o cenário afetivo e crítico por onde desfilavam as idéias e as palavras de Heleno Fragoso. Entre várias contribuições nesta linhagem de inquietações,

---

<sup>67</sup> “Ciência e experiência do Direito Penal”, cit., ps. 15 e 17.

<sup>68</sup> *Princípios de Filosofia*, tradução de Alberto Ferreira, Guimarães Editores, Lisboa, 1971, p. 53.



deve-se mencionar o relatório oficial do IX Congresso Internacional de Defesa Social, realizado em Caracas, no mês de agosto de 1976,<sup>69</sup> e as teses apresentadas na VI e VIII Conferências Nacionais da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente, em Salvador (outubro de 1976) e Manaus (maio de 1980).<sup>70</sup>

A profunda e envolvente temática sobre os problemas mais críticos da pena privativa de liberdade recebeu de Heleno Fragoso a permanente atenção durante o último lustro de sua fecunda produção intelectual. Além dos escritos já mencionados, o inesquecível mestre e amigo coordenou um magnífico trabalho de pesquisa realizada pelo Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro. A sua abordagem, em forma de ensaio, sobre as perspectivas jurídicas e criminológicas do mundo carcerário e o relatório elaborado por Yolanda Catão e Elizabeth Sussekind constituem partes indissociáveis de um *inventário trágico*. Uma obra que não pode faltar na biblioteca dos profissionais do Direito Criminal e dos trabalhadores do sistema penitenciário.<sup>71</sup>

O mesmo assunto também foi tratado com a propriedade científica de sempre no seu escrito sobre alternativas à pena de prisão.

Após promover meticoloso levantamento sobre a legislação de outros países, especialmente no quadro da execução das penas privativas de liberdade, Heleno Fragoso concluiu que “a grande tarefa com que nos defrontamos é a de tornar o nosso sistema de justiça criminal menos repressivo”.

Sugerindo reformas necessárias e urgentes para viabilizar as alternativas, inclusive com a maior flexibilidade do livramento condicional, propôs alterar o art. 55 do Código Penal<sup>72</sup> para tornar possível a unificação das penas superiores a 30 anos, objetivando o livramento condicional.<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> “Aspectos jurídicos da marginalidade social”, em *Direito Penal e Direitos Humanos*, cit., p. 1 e ss.

<sup>70</sup> “Igualdade e desigualdade na administração da Justiça”, em *Direito Penal e Direitos Humanos*, cit. p. 19 e ss. E “Perda da liberdade — Os direitos dos presos”, em *Anais da VIII Conferência da OAB*, Manaus, 1980, p. 759 e ss.

<sup>71</sup> *Direitos dos Presos*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1980. O texto final do relatório contou com a valiosa colaboração de Augusto Thompson, Cláudio Ramos, Luis Fernando de Freitas Santos, Nilo Batista e Sergio Verani, todos integrantes do Instituto e professores da Faculdade de Direito Cândido Mendes.

<sup>72</sup> Dispunha o art. 55 do Código Penal na redação anterior ao advento da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984:

“*Limite das penas*. A duração das penas privativas de liberdade não pode, em caso algum, ser superior a trinta anos, nem a importância das multas ultrapassar duzentos mil cruzeiros”. Com a Reforma de 1984, a matéria foi assim regulada pelo art. 75 e parágrafos: “*Limite das penas*. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. §1º. Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. §2º. Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido”. Sobre o tema da unificação e a controvérsia de julgados, ver Damásio de Jesus, *Código Penal Anotado*, Editora Saraiva, São Paulo, 1989, p. 192 e *Questões Criminais*, Editora Saraiva, São Paulo, 1988, ps. 339 e ss.

<sup>73</sup> “Alternativas da pena privativa de liberdade”, cit. Em *Revista de Direito Penal*, nº 29 (janeiro-junho), de 1980, p. 17.

Essa proposta legislativa modificando dispositivos do livramento condicional e da reabilitação, foi redigida por Heleno Fragoso, Nilo Batista, Antonio Vicente da Costa Junior e Luiz Fernando Freitas Santos no Grupo de Trabalho presidido pelo juiz Francisco Horta. Conforme o documento respectivo, ao art. 55 (então vigente) do Código Penal dever-se-ia acrescentar um parágrafo declarando que, “se houver condenação a diversas penas privativas de liberdade, devem elas ser unificadas, observando-se os limites fixados para todos os efeitos legais”.<sup>74</sup>

Como se poderá constatar, o texto vigente do Código Penal (art. 75 e parágrafos) recebeu da lição e da experiência de Heleno Fragoso a sua fonte natural de inspiração.

O lúcido artigo sobre as alternativas à prisão se completa nas palavras de preocupação mas não de desalento. E mais uma vez despontava a vocação progressista e reformadora em relação ao sistema. Vale transcrever: “Com essas medidas pode-se atenuar o quadro lamentável dos presos residuais. É importante, urgente e inadiável elaborar um Código de Execuções Penais, que estabeleça a condição jurídica do condenado, assegurando os direitos do preso. Há muito por fazer, mas uma boa parte corresponde a uma tarefa legislativa relativamente simples, que ajudará a tornar o nosso sistema penal mais justo, inteligente, eficaz e humano, aproveitando a experiência formidável no sentido de evitar ou reduzir a prisão”.<sup>75</sup>

18. O apoio de Heleno Fragoso ao movimento e aos textos da reforma penal retomada em fins de 1980 e traduzida pelas Leis nºs 7.209 e 7.210, de 11 de julho de 1984<sup>76</sup> merece destaque particular.

Fiel à sua vocação de legislador — embora sem mandato parlamentar — e dedicado à missão de corrigir as distorções e injustiças do ordenamento penal e processual penal, o grande mestre manteve sempre a mais cordial convivência com os

---

<sup>74</sup> O trabalho foi divulgado na *Revista de Direito Penal*, nº 26 (julho-dezembro), de 1979, ps. 155 e ss.

<sup>75</sup> “Alternativas da pena privativa de liberdade”, cit., p. 17.

<sup>76</sup> Em 27 de novembro de 1980, o Ministro da Justiça instituiu Comissão para elaborar um Anteprojeto de Código Penal, sob a coordenação de Francisco de Assis Toledo e as participações de Francisco Serrano Neves, Miguel Reale Júnior, René Fonseca. Os trabalhos de redação do Anteprojeto da Parte Geral do Código Penal — que receberam a qualificada colaboração do Professor Sergio Marcos de Moraes Pitombo — se converteram no Projeto de Lei nº 1.656, de 1º de julho de 1983 e na Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Relativamente à Lei de Execução Penal, os trabalhos de redação do anteprojeto foram desenvolvidos por Comissão designada pelo Ministro da Justiça em fevereiro de 1981. Foi coordenador o Professor Francisco de Assis Toledo e da Comissão fizeram parte René Ariel Dotti, Benjamin Moraes Filho, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sergio Marcos de Moraes Pitombo e Negi Calixto. Foi designada uma comissão revisora composta por Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Jason Soares Albergaria e Ricardo Antunes Andreucci e que recebeu a colaboração inicial de Everardo Cunha Luna e Sergio Marcos de Moraes Pitombo. Destes trabalhos resultou o Projeto de Lei nº 1.657, de 1º de julho de 1983, e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

colegas incumbidos de redigir os anteprojetos. As suas sugestões durante o tempo de discussão dos textos foram de extraordinária valia.

Assim ocorreu também porque o proceder histórico da reforma penal teve como pontos de partida os anteprojetos de 1963. Já tivemos oportunidade de salientar, na conferência pronunciada em Porto Alegre (20 de junho de 1986) que tal movimento foi também iluminado pela contribuição e pela memória dos mestres que, se fisicamente não mais estavam em nossa companhia, como Néelson Hungria, Roberto Lyra, Anibal Bruno, Benjamin Moraes Filho e Heleno Cláudio Fragoso, emprestaram contudo a sua valiosa colaboração na feitura de anteprojetos, na participação em comissões de revisão, nos debates e nos escritos através de seus exemplos de luta e de suas doutrinas que não se apagaram com o tempo.<sup>77</sup>

Esta relação de penalistas ilustres deve ser acrescida com os nomes de Manoel Pimentel e Everardo Cunha Luna, modelos extraordinários de humanidade e devoção ao Direito Penal, falecidos neste corrente mês de abril de 1991.

No escrito em homenagem à memória de Giacomo Delitala, redigido em 1981, Heleno Fragoso congratulou-se com os caminhos da reforma penal brasileira em face do abandono do sistema do duplo binário, ou seja, da aplicação sucessiva de pena e medida de segurança. Aplaudiu o anteprojeto de Código Penal, publicado em 1981 que, repudiando o aludido sistema, renunciou a qualquer tratamento especial para os delinqüentes perigosos, adotando o critério vicariante (pena ou medida de segurança) para os semi-imputáveis. O extenso título do Código Penal então vigente e relativo às medidas de segurança foi substituído por apenas quatro artigos, um dos quais relativo aos direitos dos internados. E a frase final do artigo tinha, como outras tantas, um sentido profético: “Pode-se, portanto, dizer que o sistema do duplo binário corresponde a um ciclo histórico do direito penal que parece definitivamente encerrado”.<sup>78</sup>

Em mais duas oportunidades, pelo menos, a intervenção de Heleno Fragoso em favor da reforma de 1980-1984 revelou-se muito importante. A primeira delas ocorreu através da conferência pronunciada em 19 de março de 1984, na abertura do VI Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, realizado em Belo Horizonte. A segunda, por meio da carta dirigida ao Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, em 4 de dezembro de 1984, um mês e poucos dias antes de entrarem em vigor as Leis n°s 7.209 e 7.210/84.

---

<sup>77</sup> René Ariel Dotti, “Novos Caminhos da Defesa Social”, em *Reforma Penal Brasileira*, Editora Forense, 1988, p. 416.

<sup>78</sup> “Sistema do Duplo binário: Vida e Morte”, em *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Dott. A. Giuffie Editore, Milano, 1984, vol. III, os. 1.929 e 1.939. O escrito foi também publicado na *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n° 32 (julho-dezembro), de 1981, ps. 5 e ss.

Na conferência, o ilustre mestre fez uma abordagem de caráter geral sobre a pena (“ninguém discute a falência completa da pena privativa de liberdade. A filosofia correcional que tem inspirado a pena privativa de liberdade está em completo descrédito”). Após ter sustentado a necessidade da adoção de alternativas à prisão, sugeriu a revisão do quadro de ilícitos visando tornar o sistema menos repressivo e cobrir evidentes lacunas. E salientou a necessidade de tratar adequadamente os crimes de colarinho branco (“Parece que o sistema penal está deliberadamente concebido para punir os pobres e desfavorecidos”). Outro setor carente de completa revisão seria o relativo aos crimes contra os costumes (“em face da revolução sexual desses últimos 15 ou 20 anos, conseqüência de uma nova posição que a mulher vem adquirindo na sociedade e de uma nova visão da sexualidade na vida das pessoas”). Também o sistema de crimes envolvendo relações de trabalho e, em especial a greve, deveria ser totalmente reexaminado.

No final da exposição, Heleno transmitiu “uma palavra de confiança nos que estão encarregados de trabalhar na reforma penal. Creio que este congresso trará a contribuição valiosa da ciência penal brasileira, que aqui aparece através das figuras mais representativas. Nada ficamos a dever, nesta matéria, ao que de melhor se realiza em outras partes do mundo”.<sup>79</sup>

Ele encerrou sua participação naquele evento com observações muito oportunas e corretas sobre a visão moderna do jurista frente ao ordenamento positivo e à administração da Justiça, que deve ser crítica. “Temos consciência” — disse Heleno — “de que trabalhamos com um instrumental precário. Os juristas foram durante largo tempo servidores do sistema estabelecido, sem questionar os privilégios que estabelece. Temos hoje os olhos abertos à realidade social e os pés firmemente plantados no chão. Devemos ser, por isso, instrumento de renovação e de permanente busca de alternativas, para a construção, como queria Radbruck, não só de um direito penal melhor mas, sim, de algo melhor que o direito penal”.<sup>80</sup>

A carta ao Ministro da Justiça caracterizou um notável gesto de despreendimento e espírito público. Heleno Frago deplorou as manifestações partidas de um pequeno porém ruidoso grupo antagônico às mudanças penais e penitenciárias. O *lobby* mobilizou setores oficiais chegando até ao Gabinete da Presidência da República com o propósito de arrancar do Congresso Nacional uma lei

---

<sup>79</sup> “A reforma da legislação penal”, em *Revista de Direito Penal e Criminologia*, nº 35 (janeiro-junho), de 1983, p. 14.

<sup>80</sup> Ob. cit., p. 15.

que adiasse o início de vigência dos novos diplomas. Uma reprise do que ocorrera com o frustrante Código de 69.

O pretexto dos inconformados radicais se baseava na suposta libertação de algumas centenas de condenados julgados perigosos pela justiça criminal, em face da abolição do sistema do *doppio-binario*. A campanha alarmista ganhou os meios de comunicação procurando desgastar a imagem das mudanças perante a opinião pública já traumatizada com o aumento dos índices da criminalidade patrimonial violenta.

Os promoventes daquela tentativa de golpe contra o progresso do sistema penal fingiam ignorar a orientação científica da reforma que, há mais de vinte anos (desde o anteprojeto Hungria), vinha denunciando a iniquidade da imposição sucessiva da pena privativa de liberdade e da medida de segurança detentiva. Tanto o Código de 69 como o Código Penal Militar (Dec.lei nº 1.001, de 21.10.1969), este em vigor desde 1º de janeiro de 1970, haviam eliminado o duplo-binário em favor do sistema vicariante. A internação dos condenados imputáveis em supostos “reformatórios para adultos” constituía no regime da parte reformada do Código Penal uma das históricas violências que ao longo de meio século vinham sendo praticadas em nome de uma *culpabilidade cega* e sob o cariz da prevenção especial.

Na aludida correspondência, disse Heleno Fragoso: “Estando ontem em São Paulo pude sentir as manifestações que se têm feito para que não entre em vigor a nova Parte Geral do CP. Isso defluiu do fato de ser o Estado de São Paulo a única unidade da federação onde existe estabelecimento para execução de medida de segurança detentiva para imputáveis, devendo haver cerca de 90 ou 100 internos, que teriam de ser postos em liberdade com a nova lei. Os que pleiteiam a prorrogação do prazo de vacância entendem que seria o fim do mundo a libertação desses internos”.

E, em tom incisivo, o missivista dirigiu ao Ministro da Justiça “*um grande apelo no sentido de que não se modifique o que está feito*. A nova lei deve entrar em vigor. Não existe qualquer justificação para o adiamento. Isso também se aplica à Lei de Execução Penal. *Receio que a prorrogação do prazo de vacância, sem qualquer justificação, liquide a reforma penal tão trabalhosamente elaborada*”.<sup>81</sup>

O espírito empedernido dos detratores da reforma e a sua inglória luta relembram o obscurantismo dos “defensores da família brasileira” ao hostilizarem a instituição do divórcio, insensíveis à tragicomédia dos casamentos infelizes.

---

<sup>81</sup> A carta histórica foi transcrita em Ata do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, na sessão de fevereiro de 1985. Um mês após a entrada em vigor das Leis nºs 7.209 e 7.210/84. Grifos do original.

Nem a absolvição do *doppio binario* nem a dissolução do vínculo conjugal trouxeram as desgraças ameaçadas pelos profetas do caos e os pregoeiros da desesperança.

O capítulo da entrada em vigor das leis de reforma penal e penitenciária demonstrou, para a História das instituições jurídicas do país, a grandeza intelectual e o espírito iluminado de Heleno Cláudio Fragoso.

19. Com o *passamento* físico do exímio penalista e grande doador das *Lições*, desapareceu também a *Revista de Direito Penal e Criminologia*.

No editorial da edição derradeira daquele notável repertório de inteligência, foi publicada a notícia da morte pela pena sensível de Heitor Costa Junior, um de seus companheiros de redação e colega da Faculdade de Direito Cândido Mendes e do Instituto de Ciências Penais. Conforme suas próprias palavras, "...perdeu o Brasil um autêntico *scholar*, cuja vida foi integralmente devotada à ciência do Direito Penal. Seus lúcidos estudos prosseguirão, por muito tempo, ensinando às futuras gerações um Direito Penal com rigorosa técnica, comprometido com os direitos fundamentais da pessoa humana".<sup>82</sup>

O Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro tem agora o nome de Instituto Heleno Fragoso de Ciências Penais. Uma justa e merecida homenagem prestada pelos seus leais amigos e admiradores como Evandro Lins e Silva, Nilo Batista, Heitor Costa Junior, João Marcello de Araújo Junior, Arthur Lavigne e Técio Lins e Silva, para indicar somente os que, no Rio de Janeiro, mais se destacaram na convivência intelectual e no debate das idéias afluídas com os movimentos da reforma penal e penitenciária nos anos 70 e 80.

20. No Paraná e por iniciativa do valoroso professor e advogado Wagner Rocha D'Angelis, foi fundado, em 10 de novembro de 1987, o Centro Heleno Fragoso pelos Direitos Humanos.

O Centro tem por objetivos fundamentais estimular a pesquisa e os movimentos em favor do aperfeiçoamento das instituições democráticas, a compilação, edição e divulgação de temas ou textos referentes à vida e à obra de Heleno Fragoso, bem como a promoção de cursos, colóquios, seminários e debates que divulguem a visão jurídica e humanística de Heleno Fragoso, à luz dos compromissos com os Direitos Humanos.

---

<sup>82</sup> Heitor Costa Júnior, em *Revista de Direito Penal e Criminologia*, nº 35 (janeiro-junho), de 1983, p. 4.

Na introdução da plaquete que divulga a cronologia e as publicações de Heleno Fragoso, o advogado Wagner D'Angelis, na qualidade de Presidente do Centro e coordenador de suas atividades, destaca a figura excepcional do homenageado. Dois trechos desta homenagem reproduzida a cada edição anual da plaquete, merecem transcrição: “Conheci pessoalmente Heleno na reunião em que tomei posse na Comissão Brasileira Justiça e Paz, em 3 de outubro de 1978, no Rio de Janeiro. Ele era, sem sombra de dúvida, a grande estrela de uma constelação de juristas e bacharéis que, sob a condução lúcida, intemorata e culta de Cândido Mendes de Almeida, não tinham peias e nem mediam esforços na luta pela restauração do Estado democrático de Direito e na defesa das liberdades e garantias individuais e coletivas. Dentre tantos outros ilustres e valorosos integrantes daquele período, recordo-me igualmente de Dalmo Dallari, José Carlos Dias, José Gregory, Nelson Motta, Tércio Lins e Silva, Antonio Carlos Biscaia, Aldebaro Klautau, Nelson Wedeckin e Pedro Eurico Barros e Silva”.

“Heleno Fragoso foi consultor jurídico da Comissão Justiça e Paz desde sua criação. Nossas reuniões iniciavam-se, costumeiramente, com a abalizada análise de Heleno a respeito da situação jurídica nacional e relato de sua atuação nos processos políticos assumidos pela Comissão Nacional. Sobre esse mister, ele fez questão de registrar: ‘Tenho sido advogado da Comissão nesses anos todos, colaborando com a obra admirável que fazem Cândido Mendes e seus companheiros, e defendi inúmeros acusados que a CJP entendeu de proteger. Nesse trabalho não recebi nunca (nem pleiteei) qualquer recompensa material. Sempre estive rigorosamente a serviço da justiça, de acordo, aliás, com as mais antigas tradições de nossa profissão’. É escusado dizer que tudo o que ouvira a respeito de Heleno, ou lera de sua lavra, era pouco ante sua riquíssima dimensão profissional e humana”.<sup>83</sup>

21. Assim foi Heleno Claudio Fragoso; assim continuará sendo a sua boa memória.

No momento em que encerramos este trabalho, os meios de comunicação no Brasil estão concedendo largos espaços para o projeto de lei do Deputado Amaral Netto visando implantar a pena de morte, através de um plebiscito, para os casos de roubo, seqüestro e estupro seguidos de morte.

Trata-se de uma tentativa de romper com a tradição das Constituições brasileiras que não admitem o *homicídio legal* salvo em se tratando de crimes previstos no Código Penal Militar, para o tempo de guerra.

---

<sup>83</sup> Wagner Rocha D'Angelis, “Heleno Cláudio Fragoso e os Direitos Humanos”, na plaquete do Centro Heleno Fragoso pelos Direitos Humanos, n°s 1 a 4 (1987 a 1991), p. 3.

Contra este projeto de terror punitivo estão se levantando os pensadores lúcidos e as vozes humanitárias de nosso país.

Com a autoridade moral, política e intelectual de advogado dos perseguidos políticos desde a instalação do famigerado Tribunal de Segurança Nacional instituído na ditadura Vargas, em 1936, o notável criminalista Evandro Lins e Silva desfechou vibrante e talentosa crítica ao projeto Amaral Netto, qualificando-o de “impostura, passa-moleque, o golpe baixo para posterior rendimento eleitoral mediante a exploração dos instintos mais baixos do inconsciente coletivo”.<sup>84</sup> E, muito incisivamente, acentua o Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal e Presidente do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal: “Nenhum desses pregoeiros da repressão mais brutal jamais se alistou entre os que estão pensando na prevenção dos delitos, no atendimento aos menores abandonados, na criação de condições sócio-econômicas que impeçam a geração de novos delinqüentes”.<sup>85</sup>

Outro jurista de extraordinária sensibilidade humana e renome internacional, Barbero Santos, Catedrático de Direito Penal em Madri da Corte Suprema espanhola, disse com muita propriedade sobre o absurdo da pena capital. “Al jurista le corresponde demostrar no sólo su falta de fundamento, sino también que el fármaco requerido agrava el mal que se trata de aliviar. Sólo aí podrá conseguirse que llegue um día em que la humanidad haga pasar al desván de los recuerdos una pena que consiste em matar: la *pena de la vida*, máximo bien del hombre que, precisamente por ello, es el Estado el primero em estar obligado a respetar”.<sup>86</sup>

Estivesse vivo, Heleno Fragoso estaria também percorrendo o país com a sua pregação em favor da vida e contra a pena de morte. Na cátedra, na imprensa, nos trabalhos forenses, nas entidades civis de defesa dos Direitos Humanos, o pranteado criminalista iria resgatar as idéias lúcidas e a linguagem erudita com as quais esculpiu o seu magnífico escrito para o Colóquio internacional comemorativo ao centenário de abolição da pena de morte em Portugal (1967).

O trecho final daquela contribuição demonstra não somente a ilustração de seu autor — anos mais tarde laureado com o título de Professor Honoris Causa da Universidade de Coimbra — como também a sua extraordinária densidade humana:

---

<sup>84</sup> “Pena de Morte e Adjacências”, artigo publicado no *jornal do Brasil*, de 7 de abril de 1991.

<sup>85</sup> Evandro Lins e Silva, ob. e loc. cit.

<sup>86</sup> Marino Barbero Santos, *Pena de Muerte (El Ocaso de um Mito)*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 198”, ps. 260 e 261.



“Argumentamos, em última análise, com a incomparabilidade e a inviolabilidade da vida humana, como exigências éticas intransponíveis, muito vivas ao espírito daqueles que presenciaram execuções. É oportuno, pois, concluir com um destes, Leon Tolstói, que após assistir a uma execução em Paris, em 1857, escreveu: ‘Quando vi separar-se do tronco a cabeça do condenado, caída com sinistro ruído no cesto, compreendi, e não com a razão, mas com todo o meu ser, que nenhuma teoria pode justificar tal ato’”.<sup>87</sup>

Não se sabe qual será o destino do projeto que procura, com o engodo do discurso político do crime, implantar a pena de morte em tempo de paz.

Sabe-se, porém, que enquanto a vida e a obra de Heleno Fragoso restarem na memória e no coração dos criminalistas brasileiros, a lição de resistência continuará vibrante e iluminada.

Afinal, quem nos garante ser a morte o fim de tudo e não o começo de uma outra vida?

*“Morrer, dormir. Dormir, talvez sonhar”.* (Shakespeare, *Hamlet*, 3º/1).

---

<sup>87</sup> Heleno Fragoso, “Pena de Morte”, em *Pena de Morte*, edição da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967, vol. II, p. 77.