

SUBSÍDIOS PARA A HISTÓRIA DO NOVO CÓDIGO PENAL (*)

Heleno Cláudio Fragoso

1. Tendo participado dos trabalhos de revisão do anteprojeto do novo Código penal, na primeira fase das atividades da comissão revisora, bem como, rapidamente, na fase final, que antecedeu à promulgação do Decreto-lei, cremos de nosso dever deixar consignado, com absoluta fidelidade histórica, como se desenvolveu todo o processo de elaboração do texto apresentado como definitivo, na parte em que participamos desse Trabalho. Trata-se de tarefa extremamente delicada e importante, não só para que haja informação geral sobre os trabalhos preparatórios, como também para fixar e ressaltar responsabilidades.

I

2. Tendo decidido empreender a reforma de toda a nossa legislação codificada, o governo Jânio Quadros incumbiu ao Min. NELSON HUNGRIA, em 1961, a elaboração de um anteprojeto de Código Penal¹. A escolha recaía sobre consumado mestre na matéria, com larga experiência no preparo de leis penais, sem dúvida o penalista brasileiro de maior prestígio, no país e no estrangeiro. Sua participação nos trabalhos preparatórios do Código de 1940, foi, como se sabe, excepcional. A ele se deve a *Exposição de Motivos* assinada por FRANCISCO CAMPOS e seus *Comentários* são, de longe, a obra mais importante em nossa matéria desde o aparecimento do código.

A estreita vinculação de NELSON HUNGRIA com o Código Penal vigente, de que ele foi o grande defensor e guardião, talvez expliquem o seu propósito de *preservá-lo* tanto quanto possível. O anteprojeto apresentado ao Governo em 1963 manteve basicamente a estrutura do código em vigor, cujos defeitos mais graves se procurou

¹ Ao prof. ROBERTO LYRA solicitou-se o preparo de um anteprojeto de Código das Execuções Penais, e ao prof. HÉLIO TORNAGHI, de um anteprojeto de Código de Processo Penal, trabalhos executados em tempo oportuno pelos insignes mestres e amplamente divulgados.

eliminar, sendo poucas as soluções inovadoras de maior alcance. Entre estas merece desde logo destaque a eliminação das medidas de segurança detentivas para os imputáveis e a adoção do sistema vicariante para os semi-imputáveis (pena ou medida de segurança).

Na parte relativa às penas e à sua aplicação as insuficiências do anteprojeto eram notórias. Mantinha ele os critérios anacrônicos da legislação em vigor, agravando-os pela inspiração rigorosa de toda essa parte. Convencido da necessidade de tornar a lei mais severa, HUNGRIA propunha a elevação do máximo da pena de reclusão para 40 anos (art. 35, §1º), limitando o poder discricionário do juiz na aplicação das agravantes e atenuantes (art. 55), e elevando as penas cominadas a diversos crimes na Parte Especial. Mantinha-se a pluralidade das penas privativas da liberdade, o sistema de agravantes e atenuantes obrigatórias, inclusive a reincidência específica e a orientação do Código Penal vigente quanto às causas de aumento e diminuição da pena, na Parte Especial, que, como se sabe, não obedece a qualquer critério.

O anteprojeto foi publicado pelo governo “para receber sugestões”, e divulgado através de outras publicações². Numerosos trabalhos foram apresentados e nós mesmos realizamos extenso exame crítico do anteprojeto, apresentado em nome da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado da Guanabara³.

² A Imprensa Nacional fez duas edições, sendo a primeira em 1963 e a segunda em 1965. O texto original constava como apêndice das diversas edições do Código Penal feitas pela Saraiva a partir de 1963, tendo sido publicado na *Revista Bras. Crim. Dir. Penal*, ns. 1 e 2 (abril-junho e julho-setembro, 1963).

³ Nosso trabalho foi publicado na *Rev. Brasileira de Crim. Dir. Penal*, ns. 2, 3 e 4 (*A reforma da legislação penal*). A mesma revista publicou numerosos outros trabalhos sobre o anteprojeto, alguns de valor excepcional: THEODOLINDO CASTIGLIONE, *Criminosos habituais e por tendência perante o anteprojeto de Código Penal* (nº 2, jul.-set. 1963); PAULO JOSÉ DA COSTA JR., *O projeto, o código e a estatística* (nº 3, out.-dez. 1963) e *O concurso de crimes no anteprojeto* (nº 4, jan.-mar. 1964); BASILEU GARCIA, *Das penas principais e sua aplicação*, ALCIDES MUNHOZ NETO, *Erro de fato e erro de direito no anteprojeto de Código Penal* e ARNALDO RODRIGUES DUARTE, *A pena e a medida de segurança no anteprojeto Nelson Hungria*, todos no nº 4 (já.-mar. 1964); EVERARDO LUNA, *A causalidade na omissão no anteprojeto de Código Penal* e RUY JUNQUEIRA DE FREITAS CAMARGO, *Os crimes contra a propriedade imaterial*, ambos no nº 6 (jul.-set. 1964); J.A. CESAR SALGADO, *A pena no anteprojeto de Código Penal de Nelson Hungria* (nº 7, out.-dez. 1964); LEONÍDIO RIBEIRO, *O crime de infanticídio e a legislação penal do Brasil* (nº 8, jan.-mar. 1965) e *O novo Código Penal e o problema da responsabilidade* (nº 9, abr.-jun. 1965) e RAUL CHAVES, *Crimes contra a Fé Pública* (nº 9, abr.-jun. 1965). NELSON HUNGRIA, embora recolhendo com atenção as críticas, raramente lhes dava resposta. Veja-se, no entanto, a defesa que fez de seu projeto ante nossa crítica (*Em torno ao projeto de Código Penal*, in *Rev. Bras. Crim. Dir. Penal*, ns. 3, 4 e 5, out.-dez. 1963, jan.-mar. e abr.-jun. 1965).

Apresentados os anteprojetos de Código Penal, de Código de Processo Penal e de Código das Execuções Penais, constituiu o governo uma *comissão revisora*, composta dos três autores (NELSON HUNGRIA, ROBERTO LYRA e HÉLIO TORNAGHI), a qual começou a funcionar em janeiro de 1964, iniciando os seus trabalhos com o anteprojeto de Código Penal. Pretendia-se que a mesma comissão revisse os três projetos, que seriam posteriormetne enviados ao Congresso. O professor ROBERTO LYRA, que presidia à comissão revisora, opinou no sentido de que os anteprojetos fossem mandados ao Congresso como se achavam, sendo vencido⁴. Diante disso, reservou-se para votar apenas em caso de empate.

Já ia longe o trabalho de revisão, concluindo-se o que se referia à Parte Geral, quando sobrevieram os acontecimentos políticos de março de 1964, surgindo então um novo governo, de que foi Ministro da Justiça o eminente senador MILTON CAMPOS.

Pretendeu-se então dar prosseguimento aos trabalhos, sendo convocada a comissão revisora anteriormente designada. O prof. ROBERTO LYRA, no entanto, escusou-se, afirmando estar “convencido de que uma obra de tanta magnitude científica e de tanta delicadeza técnica não deve sobrecarregar e desviar, nesta hora, um parlamento ressentido e emprazado”⁵.

Em 9 de fevereiro de 1965, o Ministro MILTON CAMPOS decidiu dissolver a anterior comissão revisora e designar outra, composta do Min. NELSON HUNGRIA e dos professores HÉLIO TORNAGHI, ANÍBAL BRUNO, bem como do autor do presente⁶.

Sob a presidência do Prof. ANÍBAL BRUNO, a comissão entrou a funcionar imediatamente, com reuniões regulares, que se prolongaram por vários meses. Realizaram-se as reuniões em ambiente de grande cordialidade e respeito, sendo

⁴ O Decreto nº 1.490, de 8/11/62, estabelecida a obrigatoriedade do exame dos projetos por comissão revisora.

⁵ Cf. ROBERTO LYRA, *Novo Direito Penal*, 1971, pág. 30. Solicitou o mestre ao Ministro da Justiça que não se cuidasse de seu anteprojeto: “Em relação ao meu anteprojeto de Código das Execuções Penais, que é uma tentativa de criação e avanço, dirigo a V.Exa. emocionado apelo no sentido de deixar sua revisão e seu encaminhamento para oportunidade mais propícia”.

⁶ Cf. *Diário Oficial*, 10/2/1965, pág. 1664. O prof. HÉLIO TORNAGHI não participou dos trabalhos de revisão. Nosso nome havia sido proposto pelo prof. ROBERTO LYRA para integrar a comissão anterior, tendo sido por ela aprovado.

incensurável o modo pelo qual se comportou mestre HUNGRIA. Como sabem os que tiveram o privilégio de conhecê-lo e de com ele conviver, era HUNGRIA polemista emérito, dotado de espírito brilhante e rara inteligência, obstinado na defesa de suas idéias, como seus escritos tantas vezes revelam. Chegaram até nós as notícias das disputas terríveis havidas na elaboração do código vigente, notadamente com o Prof. ROBERTO LYRA, de quem se separavam fundas diferenças de orientação doutrinária. O próprio HUNGRIA nos confidenciou certa feita que os trabalhos dificilmente teriam chegado a termo, se VIEIRA BRAGA não tivesse sido convocado para integrar a comissão revisora, pois este aliava a seus notáveis dotes intelectuais um espírito cordato e conciliador. Havia, pois, razão para anteciparmos dificuldades nos trabalhos que cumpria realizar. É, no entanto, rigorosamente justo consignar que nenhuma queixa podem ter de NELSON HUNGRIA os seus companheiros daquele trabalho. Ele esteve sempre disposto a receber as críticas e propostas de revisão a seu trabalho de espírito aberto e boa vontade, aceitando-as muitas vezes e apresentando novas fórmulas⁷.

3. Durante vários meses funcionou a Comissão Revisora, tendo encerrado o que deveria ser a primeira parte de seus trabalhos em fins de 1965. O projeto revisto deveria ser passado a limpo, distribuindo-se cópias aos membros da Comissão, ficando entre eles acertado que uma segunda leitura do texto revisto deveria realizar-se. Várias questões haviam ficado em aberto, e um estudo comparativo deveria ser feito quanto às penas cominadas, na Parte Especial.

Ficamos, assim, os membros da Comissão, aguardando que de novo nos convocassem para o prosseguimento do trabalho. Parece, no entanto, que o governo se havia desinteressado do assunto, talvez em face dos graves problemas políticos que àquela época o ocupavam, e não mais recebemos qualquer notícia do projeto. NELSON HUNGRIA externou, em várias oportunidades, desde então, o seu desânimo, não mais acreditando que o trabalho realizado pudesse vingar.

⁷ Somente em dois pontos insurgiu-se tenazmente HUNGRIA contra a opinião de seus colegas: na questão do crime continuado (pela manutenção do critério puramente objetivo, contra a maioria, que pretendia abandoná-lo) e na incriminação do adultério (que se pretendia, contra seu voto, eliminar).

4. Com o passar do tempo, as insuficiências e os defeitos do projeto revisto foram-se tornando evidentes a nossos olhos (e seguramente ao próprio NELSON HUNGRIA). O prof. ANÍBAL BRUNO certa vez que nos disse que preferiria desvincular o seu nome do trabalho de revisão, se o projeto se convertesse em lei na forma em que o havíamos deixado. Em verdade, porém, o trabalho não estava concluído, devendo-se esperar pela oportunidade de reexaminá-lo, numa segunda leitura do projeto, como já mencionamos⁸.

5. Em janeiro de 1969, recebemos comunicação telefônica de NELSON HUNGRIA, dando conta de que o Ministro da Justiça de então, o Prof. GAMA E SILVA, o avisara de seu propósito de editar o novo Código Penal por decreto imediatamente. A Câmara Federal e o Senado achavam-se então em recesso, por força do Ato Institucional nº 5. Estava, já então HUNGRIA, gravemente enfermo, vítima de insidiosa moléstia que o levaria à morte, em 26 de março.

Ponderamos ao mestre que o projeto revisto não estava em condições de se transformar em lei como se achava, lembrando que ficáramos de realizar uma segunda leitura, bem como que diversas questões haviam ficado em aberto. Assinalamos também a necessidade de reexaminar várias outras questões. Era evidente, porém, o desejo de NELSON HUNGRIA em ver o seu projeto finalmente transformado no novo Código Penal. Disse-nos estar convencido de que não haveria possibilidade de que isso ocorresse se tivesse de depender de aprovação pelo Congresso. Recolhendo, porém, as ponderações que fizéramos, com a bondade e o carinho que sempre nos dispensou, prometeu chamar-nos quando recebesse o Ministério da Justiça os originais do projeto na forma em que a Comissão Revisora o havia deixado em 1965, para que eventualmente o examinássemos em conjunto, convocando em seguida o Prof. ANÍBAL BRUNO, para que se pronunciasse sobre as alterações acaso introduzidas no texto que se afirmava definitivo.

6. Faleceu, no entanto, o mestre, sem que nenhuma notícia nos desse. Dias após a sua morte, procurou-nos o secretário da Comissão Revisora, com os originais do projeto revisto, para dizer que o Ministro NELSON HUNGRIA, pouco antes de

⁸ O projeto revisto está publicado na revista *Justitia*, ns. 68 e 69.

falecer, os havia devolvido ao Ministério da Justiça, com a recomendação de que os enviassem a nós para que elaborássemos a respectiva Exposição de Motivos, sendo tal incumbência confirmada pelo Ministro da Justiça. Imediatamente esclarecemos ao diligente funcionário que o projeto não estava em condições de se promulgado, explicando-lhe o que já antes disséramos ao próprio HUNGRIA, e que receberíamos a tarefa honrosa, que expressava a confiança do velho mestre, com a condição de um preliminar reexame metuculoso do texto. E a isso nos dedicamos, tendo podido verificar que, aos defeitos do original, outros acrescentara o serviço do Ministério da Justiça, com erros graves na transcrição e até com a omissão de artigos.

Ia longe o nosso trabalho de revisão do texto, quando fomos avisados, por simples comunicação telefônica, que estávamos desincumbidos da tarefa, pois a Exposição de Motivos seria redigida pelo próprio pessoal do Ministério.

7. Foi, portanto, com surpresa, que recebemos, em meados do ano, ofício a nos convocar para reunião destinada ao exame de algumas propostas finais relativas ao texto que se julgava definitivo. O Ministro da Justiça havia designado o Prof. ALFREDO BUZAID para a coordenação geral da reforma dos códigos, e sob presidência deste reaalizaram-se então algumas reuniões, com os remanescentes das comissões revisoras dos anteprojetos de Código Penal e de Código Penal Militar. Estiveram presentes apenas os professores IVO D'AQUINO e BENJAMIN MORAES, pois o Prof. ANÍBAL BRUNO, doente, escusou-se.

O Ministério da Justiça havia solicitado a alguns professores que se pronunciassem sobre o projeto revisto⁹. Apresentou então o Prof. BUZAID várias propostas de alteração do texto revisto, sendo algumas muito importantes (sobre relação de causalidade, imputabilidade e erro de direito, por exemplo). Grande parte, no entanto, referia-se à redação, com emendas quase sempre muito felizes. Havia grande pressa em concluir o trabalho, pois anunciava-se a reabertura do Congresso e o governo tinha o firme propósito de editar os Códigos por decreto. Isso não obstante, repetimos ao Prof. BUZAID as ponderações que várias vezes fizéramos sobre o

⁹ O Ministério Público de São Paulo chegou a elaborar um novo anteprojeto, mantendo, basicamente o código vigente, nos pontos fundamentais. Formulou também sugestões, ouvindo o prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES. Cf. *Justitia*, nº 67, págs. 361 e seguintes, bem como nº 68, págs. 358 e 368.

trabalho da Comissão Revisora, solicitando que nos desse oportunidade para propor emendas e correções. Tendo em vista a extrema urgência, propusemos modificações apenas no que concerne à Parte Geral, restringindo-nos ao que nos parecia mais importante e com possibilidades de ser aprovado sem profundas alterações sistemáticas. Quarenta e cinco emendas foram por nós propostas, sendo quase todas aprovadas. Quanto à Parte Especial, dada a urgência, nada se podia reexaminar. A Exposição de Motivos foi redigida por nós na Parte Geral e pelo Prof. BENJAMIN MORAES, na Parte Especial.

Pronto o trabalho datilografado às pressas para o seguinte despacho ministerial, entrou novamente num ponto morto, com a doença e depois com o falecimento do presidente COSTA E SILVA e a situação política complicada que então se criou. Nessa oportunidade o professor BENJAMIN MORAES reexaminou com mais vagar o projeto, introduzindo-lhe modificações, sobretudo na Parte Especial. Nenhuma participação tivemos nessa fase do trabalho, nem sabemos quem aqui interferiu ou colaborou. O Código foi promulgado pela Junta Militar que governava o país, em 21 de outubro de 1969 (Dec.-lei nº 1.004), devendo entrar em vigor em 1º de janeiro de 1970, juntamente com o novo Código Penal Militar e o novo Código de Processo Penal Militar¹⁰. A nova legislação castrense entrou efetivamente em vigor mas novo Código Penal teve prorrogado o período de vacância. Embora tenha sido fixada a data de 1º de janeiro de 1972 para que entre em vigor, é pouco provável que isso ocorra, pois se anuncia o envio de projeto de lei ao Congresso com emendas ao texto promulgado. Isso é, a nosso ver, realmente indispensável, como procuraremos demonstrar na continuação deste trabalho.

(*) Publicado na *Revista de Direito Penal*, n.º 03, p. 07-12

¹⁰ Na breve nota escrita por LUIZ DE MELLO KUJAWSKI, que precede o anteprojeto elaborado pelo M.P. de São Paulo, a que já aludimos, está dito, para estarecimento e espanto geral que “segundo foi revelado em conferência pública pelo prof. BENJAMIN MORAES FILHO, a publicação do novo Código resultou, por engano, de um rascunho inacabado, que será revisto e novamente publicado” (*Justitia*, nº 67, pág. 362).