

## **Diretores**

Elton José Donato  
Fabio Roberto D'Avila  
Giovani Agostini Saavedra

## **Coordenação Executiva**

Leticia Bürgel  
Lucas Minorelli

## **Conselho Editorial**

Alexandre Wunderlich (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/RS)  
Álvaro Sanchez Bravo (Universidade de Sevilla/Espanha)  
Arndt Sinn (Universidade de Osnabrück/Alemanha)  
Davi de Paiva Costa Tangerino (Universidade do Estado do Rio de Janeiro/RJ)  
David Sanchez Rúbio (Universidade de Sevilla/Espanha)  
Elizabeth Cancelli (Universidade de Brasília/DF)  
Fabio Roberto D'Avila (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/RS)  
Fauzi Hassan Choukr (Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo/SP)  
Felipe Augusto Forte de Negreiros Decodato (Universidade Federal da Paraíba/PP)  
Fernando Machado Pelloni (Universidade de Buenos Aires/Argentina)  
Gamil Föppel El Hireche (Universidade Federal da Bahia/BA)  
Geraldito Prado (Universidade Federal do Rio de Janeiro/RJ)  
Giovani Agostini Saavedra (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/RS)  
Helena Regina Lobo da Costa (Universidade de São Paulo/SP)  
Heloisa Estrelita (Fundação Getúlio Vargas/SP)  
Luís Greco (Universidade Humboldt de Berlim/Alemanha)  
Luiz Eduardo Soares (Universidade Federal do Rio de Janeiro/RJ)  
Maria João Antunes (Universidade de Coimbra/Portugal)  
Rui Cunha Martins (Universidade de Coimbra/Portugal)  
Ruth Maria Chittró Gauer (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/RS)  
Vittorio Manes (Universidade de Bolonha/Itália)

## **Conselho do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais ([www.itecrs.org](http://www.itecrs.org))**

Andrei Zenkner Schmidt  
Alexandre Wunderlich  
Daniel Gerber  
Felipe Cardoso Moreira de Oliveira  
Fabio Roberto D'Avila  
Giovani Agostini Saavedra  
Jader da Silveira Marques  
Marcelo Machado Bertoluci  
Paulo Vinícius Sporleder de Souza  
Rodrigo Moraes de Oliveira  
Salo de Carvalho

ser colonizada pelas práticas do sistema penal e de ser utilizada como forma de ampliação da rede de controle do Estado.

Tais características identificam-se com os aspectos verificados na prática nas experiências citadas. Isto é, os modelos analisados revelam, na prática, a necessidade de se atentar para as questões mencionadas, tanto as positivas, que merecem ser valorizadas, quanto aquelas que devem ser refutadas. Torna-se possível, então, que a adoção da justiça restaurativa implique, ao menos, a redução de utilização do sistema penal.

## REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)juízo*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- CARVALHO, Salo de. *Anti-manual de criminologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- CHRISTIE, Nils. Civilidade e Estado. In: PASSEI, E.; SILVA, R. B. D. (Org.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 241-257.
- FOLTER, Rolf S. de. Sobre a fundamentação metodológica do enfoque abolicionista do sistema de justiça penal - Uma comparação das ideias de Hulsman, Mathiesen e Foucault. *Revista Verve*, São Paulo, n. 14, p. 180-215, 2008. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5140/3667>>. Acesso em: 7 nov. 2014.
- GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia - E a justiça será*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- HUSLMAN, Louk; DE CELIS, Jaqueline Bernart. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 1. ed. Niterói: Luam, 1993.
- JACCOUD, Mylene. Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C.; VITTO, R.; PINTO, R. G. (Org.). *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça; PNUD, 2005. p. 163-188.
- OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Mediação penal & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para adoção das práticas restaurativas*. Curitiba: Juruá, 2013.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCrim, 2009.
- RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. A implementação da justiça restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de justiça restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre. *Revista Última Ratio*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 3-36, 2007.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- TOCHE, Juliana. *A construção de um modelo "alternativo" de gestão de conflitos: usos e representações da justiça restaurativa no Estado de São Paulo*. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. 223 f.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATTISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, v. 1, 2003.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

## CODIFICANDO NA DITADURA: SOBRE O CÓDIGO PENAL DE 1969

### MAKING PENAL LAW ON DICTATORSHIP: ABOUT THE PENAL CODE OF 1969

MARCELO MAYORA ALVES\*

RESUMO: Neste artigo abordaremos a história da elaboração e da tramitação do Código Penal de 1969, objeto em torno do qual se desenvolveu grande parte das discussões travadas entre os penalistas notáveis no período da ditadura civil-militar brasileira. Investigaremos o processo de vida e morte do Código: a elaboração do anteprojeto e o advento do golpe de 1964, a atuação da Comissão revisora, os impasses decorrentes do contexto político, os anteprojotos alternativos, a promulgação do código, os adiamentos da entrada em vigor, os debates parlamentares, as alterações legislativas e a revogação definitiva.

PALAVRAS-CHAVE: Código Penal de 1969; ditadura civil-militar; penalistas.

ABSTRACT: In this paper we will discuss the history of the elaboration and processing of the Penal Code of 1969, object of the discussions developed between penal law experts during the period of the Brazilian civil-military dictatorship. We will investigate the life and death process of the Code: the preparation of the law draft and the advent of the 1964 coup, the performance of the review Commission, the impasses arising from the political context, the alternatives law drafts, the promulgation of the code, the postponement of entry into force, the parliamentary debates, the legislative changes and the definitive repeal.

KEYWORDS: Penal Code; civil-military dictatorship; penal law experts.

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Professor Adjunto da Universidade Federal do Pampa (Unipampa), Advogado.

SUMÁRIO: 1 Introdução: a reforma da legislação penal às vésperas da ditadura; 2 O golpe civil-militar de 1964 e a continuidade dos trabalhos de revisão; 3 A Comissão de Revisão e Coordenação dos Projetos de Código e o Decreto nº 1.004/1969 da Junta Militar; 4 Sobre a colaboração dos penalistas; 5 Um Código Penal natimorto; Fontes primárias; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO: A REFORMA DA LEGISLAÇÃO PENAL ÀS VÉSPERAS DA DITADURA

Um leitor desavisado dos manuais de direito penal dos anos sessenta e setenta pode ficar sem entender as constantes menções ao *novo Código Penal* e as necessárias adaptações dos textos didáticos às novas disposições constantes no Código Penal que foi promulgado pelo Decreto-Lei nº 1.004, em 21 de outubro de 1969, e que deveria ter entrado em vigor em 1º de agosto de 1970. A entrada em vigor do Código Penal, contudo, foi adiada por sucessivas leis, até a definitiva revogação, ocorrida em 1978. Não obstante, o Código natimorto ensejou tanto os esforços do autor do anteprojeto e das comissões revisoras, como foi o tema que dominou os eventos e a literatura jurídico-penal no período da ditadura civil-militar.

Pouco mais de vinte anos após a promulgação do Código Penal de 1940 desencadeou-se empreitada no sentido da reforma penal, com vistas à elaboração de novo Código. Em 1961, o presidente Jânio Quadros, por meio do Decreto nº 51.005, instituiu o Serviço de Reforma de Códigos, a quem competiria coordenar a reforma da legislação penal, civil e comercial. Após a renúncia de Jânio Quadros, a tentativa de golpe, a campanha da legalidade e a adoção do parlamentarismo como solução intermediária que possibilitou a posse do vice-presidente João Goulart, a intenção reformadora foi mantida. Assim que, em 1962, o então primeiro-ministro Hermes Lima e o ministro da educação João Mangabeira, subcreveram o Decreto nº 1.490, que autorizava a contratação, mediante remuneração, "de bacharéis e doutores em Direito, docente ou professores de Direito", para a elaboração de diversos códigos de leis, entre eles os Códigos Penal, de Processo Penal e das Execuções Penais. Para a elaboração do anteprojeto de Código Penal foi nomeado Nélson Hungria<sup>1</sup>; para o de Processo Penal, Hélio Tornaghi; e para o das Execuções Penais, Roberto Lyra. Assim que, vinte anos depois da empreitada de 1940, Hungria e Lyra, ainda os cânones do direito penal brasileiro, novamente eram requisitados pelo Estado para a elaboração das leis penais.

1 "A escolha recaía sobre o 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." (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. São Paulo: Bushatski, 1976. p. 300)

A primeira edição da *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* (dormente RBCDP), que, em abril de 1963, retomava as atividades como órgão oficial do Instituto de Criminologia da Universidade da Guanabara, tendo como Diretor o Professor Benjamim Moraes Filho e como Redator-Chefe o Professor Heleno Cláudio Fragoso, noticiou as movimentações da reforma penal, na seção *Notas e Informações*, nos seguintes termos:

Proseguindo com os planos já anteriormente elaborados, para reforma de nossa legislação penal, foram feitos os contratos para preparo de ante-projetos, obra cometida a eminentes juristas. Ao Ministro Nélson Hungria coube a elaboração de um projeto de novo Código Penal; ao Professor Hélio Tornaghi, de um novo Código de Processo Penal, e ao Professor Roberto Lyra, de um Código Penitenciário, que será um Código das Execuções Criminais. Os prazos fixados foram extremamente exíguos: três meses, prorrogáveis por mais dois. Os projetos serão objeto de discussão por parte de comissão a ser nomeada pelo Ministro da Justiça, estando previsto um entendimento com os líderes dos partidos, para garantir a rápida tramitação pelas Casas do Congresso, sem emendas. Trata-se, em verdade, de leis técnicas, que estariam fatalmente comprometidas caso seguissem o trâmite normal da elaboração das leis. Será indispensável, porém, que sejam indicados para a comissão revisora especialistas de real competência na matéria, submetendo-se os projetos a amplo debate por parte de todos os órgãos capazes de opinar sobre leis de tanta relevância.<sup>2</sup>

A parte geral do anteprojeto elaborado por Nélson Hungria foi publicada nessa mesma edição, e na própria nota recém-transcrita o redator informava que a parte especial seria publicada na próxima, bem como que a parte revista estava a partir daí comprometida com a divulgação das análises e dos debates acerca da reforma penal. Portanto, aproximadamente um ano antes do golpe de 1964, o campo jurídico-penal agitava-se em torno da elaboração de novos Códigos. Pelo que se extrai da nota transcrita, na ocasião se reafirmava o caráter técnico da tarefa codificadora, reservada a *eminentes juristas* e a *especialistas de real competência na matéria*. Esperava-se um acordo entre líderes dos partidos, para que o anteprojeto tramitasse com rapidez no Congresso Nacional e, mais importante, sem emendas, ou seja, sem interferências do legislador. Como consta na nota, estas *leis técnicas estariam fatalmente comprometidas caso seguissem o trâmite normal da elaboração das leis*.

Nélson Hungria, que havia sido nomeado por Getúlio Vargas, em 1951, Ministro do Supremo Tribunal Federal, elaborava agora, já aposentado do Supremo, um projeto próprio. Em julho de 1963, com a publicação da parte especial

2 *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro: Editora Universidade do Estado da Guanabara, n. 1, p. 149, 1963.

na edição de número dois da *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, o anteprojeto foi disponibilizado integralmente à comunidade jurídica e o tema passou a dominar os debates das ciências criminais. Entre setembro de 1963 e fevereiro de 1964, ocorreu, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o *Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal brasileiro de autoria do Ministro Nélson Hungria* (1965), evento organizado pelo Instituto Latino-Americano de Criminologia (ILAC)<sup>3</sup> e pela Secretaria de Justiça e Negócios do Interior do Estado de São Paulo. O *Ciclo* consistiu em uma série de conferências de penalistas, criminólogos e médico-legistas acerca do Anteprojeto Hungria<sup>4</sup>, nas quais os conferencistas formularam críticas e sugestões, seguida de três conferências do próprio Hungria, ocasião nas quais o autor dedicou-se à defesa de seu anteprojeto perante o auditório do Largo São Francisco, tendo comentários sobre as críticas recebidas, acolhendo algumas e rechaçando a maioria. Francisco Bueno Torres – diretor do ILAC e promotor de justiça –, ao saudar Nélson Hungria, referiu que o penalista, “com seus setenta e dois anos de idade, nas três conferências em resposta às objeções aqui formuladas se apresentou com pujança de um jovem, com energia inquebrantável em seus argumentos e com um espírito altivo e clarividente”. A conferência de abertura, em três de setembro de 1963, foi proferida por Miguel Reale, que, em seu discurso, citou *Savigny, Rousseau* e *Durkheim*, para sustentar que a obra codificadora, para ser autêntica, “não pode ser tarefa puramente abstrata, que brote dos livros e dos tratados como ponto de convergência ou de encontro das doutrinas mais conflitantes”, pois não pode deixar de refletir o *espírito do povo*, a *vontade geral* ou a *consciência coletiva*, “que são todas expressões equivalentes a indicar a personalidade moral e histórica de cada povo que já tenha atingido a maturidade ou sinta que está em condições de atingi-la”<sup>5</sup>. De maneira que entre o final de 1963 e o início de 1964 o *plebiscito dos criminalistas* estava em pleno andamento. Ainda sob o comando de João Mangabeira, o Ministério da Justiça constituiu a comissão revisora do Anteprojeto Hungria, composta pelo próprio autor do projeto, por Roberto Lyra, Presidente,

3 O Instituto Latino-Americano de Criminologia era uma instituição ligada ao Governo do Estado de São Paulo.

4 Proferiram conferências Basileu Garcia, Noé Azevedo, Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Flaminio Fávero, Leonídio Ribeiro, Odon Ramos Maranhão, Everardo da Cunha Luna, Heleno Fragoso, Alcides Munhoz Netto, Raul Chaves, Paulo José da Costa Jr., César Salgado, entre outros.

5 REALE, Miguel. Discurso de instalação do Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro, de autoria do Ministro Nélson Hungria. *Anais Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal brasileiro*, de autoria do Ministro Nélson Hungria, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, p. 14, 1965.

e por Hélio Tornaghi<sup>6</sup>. No dia 7 de janeiro de 1964, quando já se precipitavam os acontecimentos que redundaram no golpe, iniciou-se a revisão do anteprojeto, com a presença da comissão revisora e do novo Ministro da Justiça, Abelardo Jurema. Roberto Lyra havia sido Ministro da Educação e Cultura do Governo João Goulart, no período parlamentarista e era um apoiador daquele que chamou o *primeiro governo de esquerda do Brasil*. Como presidente da comissão revisora do anteprojeto de Código Penal, no início de 1964, já demonstrava seu desconforto com os rumos que a situação política tomava. Daí que, em uma espécie de defesa intransigente da democracia severamente ameaçada, e como que buscando purgar o *pecado original* de 1940, na primeira reunião da comissão revisora que presidiu efetivo proposta no sentido de que o Código deveria ser encaminhado diretamente ao Congresso Nacional, para que este exercesse sua soberania e fizesse as alterações que julgasse necessárias. Consta na ata da primeira sessão a discordância de Nélson Hungria quanto a tal proposta, nos seguintes termos:

O Relator, Ministro Nélson Hungria, não concordou, alegando que havia um decreto o de número hum mil quatrocentos e noventa (1.490) de 8 de novembro de mil novecentos e sessenta e dois (1962), que determinava a obrigatoriedade da reunião de uma comissão revisora. O Professor Helio Bastos Tornaghi não concordou também com a proposta, que foi rejeitada contra o voto do presidente. Este pediu a juntada da justificação de sua proposta, acrescentando que o decreto poderia ser alterado. Aprovada.<sup>7</sup>

Comentando o assunto, Lyra conta que insistiu pela “imediata remessa de todos os anteprojeto, com as críticas e sugestões recebidas, ao Congresso Nacional, de modo a não retardar sua apreciação, já dificultada pela vigilância conservadora e reacionária”. Tendo sido vencido, diz que tentou participar da revisão “com boa vontade e humildade” e que procurou “honrar o trabalho, apesar das reservas de ordem geral”. Tais reservas, segundo ele, não se referiam “às posições doutrinárias e sim aos deveres patrióticos e humanos”. Não sabemos exatamente quais seriam esses deveres patrióticos e humanos aventados por Roberto Lyra, mas podemos perceber sua desconformidade com a continuidade da empreitada codificadora em meios aos ventos que viraram tempestade e resultaram na subversão da ordem constitucional. Daí que na segunda sessão da comissão

6 Lembre-se que, paralelamente à feitura do anteprojeto de Código Penal, Roberto Lyra havia elaborado um Anteprojeto de Código das Execuções Penais, publicado na edição de número três da RBCCDP (outubro a dezembro de 1963); e Hélio Tornaghi, um Anteprojeto de Código de Processo Penal, publicado na edição de número quatro (janeiro a março de 1964).

7 LYRA, Roberto. Atualidade de minhas posições e propostas em Direito Penal e Criminologia. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro: UEG, n. 13, p. 31, abr./jun. 1966.

revisora, "alegando as suas ocupações e preocupações em relação à conjuntura nacional", Lyra declarou que continuaria presidindo os trabalhos, mas que votaria apenas em caso de empate<sup>8</sup>. As suas preocupações em relação à conjuntura nacional eram pertinentes.

## 2 O GOLPE CIVIL-MILITAR DE 1964 E A CONTINUIDADE DOS TRABALHOS DE REVISÃO

Consolidado o golpe civil-militar, o Governo Castelo Branco deu prosseguimento à reforma dos códigos. É interessante notar que, no primeiro momento, o Governo não vislumbrou problemas em manter a mesma comissão de penalistas para a continuidade da elaboração do Código Penal, mesmo levando em conta que os autores dos anteprojetos, que se tornaram os membros da comissão revisora, tinham sido nomeados durante o Governo João Goulart pelo Ministro da Justiça João Mangabeira, que era o presidente do Partido Socialista.

Entretanto, os membros da comissão revisora, que já haviam começado a trabalhar em janeiro de 1964, tomaram atitudes distintas diante da subversão da ordem política. Néelson Hungria continuou a trabalhar na revisão do Código e, como veremos, defendeu a sua promulgação por decreto até pouco antes de falecer, ainda que não tenhamos encontrado nenhuma declaração ou escrito do autor sobre o regime político instaurado em 1964. Também Hélio Tornaghi não se manifestou expressamente sobre o tema, mas o fato é que, nomeado no início de 1965 para compor a nova comissão revisora, não participou dos trabalhos, não sabemos se por razões pessoais, quicá de saúde, dada sua idade avançada, ou por razões político-ideológicas. A nova comissão revisora, da qual trataremos a seguir, foi nomeada justamente porque, ao contrário dos demais colegas, Roberto Lyra demitiu-se da tarefa: "Minha voz oprimida e angustiada não poderá ressoar sob o troar da força"<sup>9</sup>, escreveu o autor.

A pasta da justiça do Governo Castelo Branco foi ocupada pelo Ministro Milton Campos<sup>10</sup>. Ao assumir o Ministério, o Jurista mineiro convocou os membros da comissão revisora do anteprojeto de Código Penal para a continuidade

8 Ibidem, p. 32.

9 Ibidem, p. 33.

10 Milton Campos foi presidente da União Democrática Nacional (UDN), duas vezes candidato à vice-presidência da república (derrotado por João Goulart) e governador de Minas Gerais por tal sigla. Esteve entre os articuladores do golpe civil-militar, compondo o "secretariado de grandes personalidades" que o governador Magalhães Pinto (MG) constituiu às pressas enquanto as tropas do General Olympio Mourão dirigiam-se de Juiz de Fora ao Rio de Janeiro.

dos trabalhos. Lyra, em carta remetida em 17 de junho de 1964, expôs as razões de sua demissão, nos seguintes termos:

Rio de Janeiro, 17 de junho de 1964. Exmo. Sr. ministro Milton Campos. Tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência para solicitar dispensa de membro-presidente da comissão revisora do anteprojeto de Código Penal e de membro da comissão revisora do Código de Processo Penal. Li, com o respeito de sempre, a entrevista em que Vossa Excelência aludiu à remessa dos referidos anteprojetos, depois de revistos, ao Congresso Nacional. Estou convencido que uma obra de tanta magnitude científica e de tanta delicadeza técnica não deve sobrecarregar e desviar, nesta hora, um Parlamento ressentido e emprazado. Em relação ao meu anteprojeto de Código das execuções penais, que é uma tentativa de criação e avanço, dirijo a Vossa Excelência emocionado apelo no sentido de deixar sua revisão e seu encaminhamento para oportunidade mais propícia à reflexão.<sup>11</sup>

A demissão de Lyra foi aceita, conforme carta enviada pelo Ministro Milton Campos em 1º de julho de 1964, na qual o udenista lhe agradeceu os *bons serviços* e expressou a "convicção de que outros não recusará, em surgindo a oportunidade de prestá-los à Pátria"<sup>12</sup>. Comentando o episódio, dois anos depois, Lyra criticou o poder do novo Governo, que, segundo o autor, "atribui-se arbítrio que não lhe daria o mais reacionário dos códigos", de modo que "não precisava [...] de leis propriamente ditas"<sup>13</sup>. De fato, o anteprojeto de Códigos das Execuções Penais descansou na "paz do arquivo", conforme o desejo expressado por Lyra, e, então, foi preciso esperar o fim do regime militar para que, em 1984, o Brasil enfim promulgasse uma lei para supostamente garantir direitos aos apenados, o que até hoje não ocorreu. Quanto ao novo Código, contudo, os trabalhos de revisão foram retomados. A RBCDP de setembro de 1964 trazia notícia sobre o convite realizado a Heleno Cláudio Fragoso<sup>14</sup> para compor a comissão, mas ainda não informava a saída de Roberto Lyra:

Foi convidado para integrar a comissão revisora dos anteprojetos de Código Penal, das Execuções Penais e de Processo Penal, o Professor Heleno Cláudio Fragoso. Como se sabe, a comissão é constituída pelos autores dos anteprojetos, o Ministro Néelson Hungria e os Professores Roberto Lyra e Hélio Tornaghi.

11 LYRA, ob. cit., p. 32.

12 Ibidem, p. 33.

13 Idem, ibidem.

14 Heleno Fragoso conta que seu nome "havia sido proposto pelo Professor Roberto Lyra para integrar a comissão anterior, tendo sido por ele aprovado" (FRAGOSO, ob. cit., p. 302).

Após terem sido iniciados os trabalhos de revisão relativamente ao anteprojeto de Código Penal, foram eles suspensos, em virtude da ausência do Ministro Néelson Hungria, em viagem à Europa.<sup>15</sup>

Não podemos saber se a Revista do Instituto de Criminologia da Universidade do Estado da Guanabara desconhecia de fato a demissão de Lyra ou se os redatores preferiram atribuir a suspensão dos trabalhos da comissão à viagem à Europa de Néelson Hungria. Poucos meses depois, entretanto, por meio das Portarias n.ºs 18-B e 19-B, de 9 de fevereiro de 1965, o Ministro Milton Campos dissolveu a comissão anterior e designou outra, composta por Néelson Hungria, Hélio Tornaghi, Aníbal Bruno e Helene Fragoso<sup>16</sup>. A dissolução da primeira comissão revisora e a constituição da nova foi publicada no Diário Oficial da União, em 10 de fevereiro de 1965.

No dia 8 de março de 1965, a nova comissão revisora realizou seu primeiro encontro, na "sala de Serviço da Reforma de Códigos, situada à rua México, cento e vinte e oito, quinto andar", no Rio de Janeiro. Até então haviam ocorrido oito sessões da comissão antiga, de maneira que a nona sessão consistiu na reinstalação da comissão. Na ata da nona sessão consta o seguinte<sup>17</sup>:

Reinstalou-se a Comissão Revisora do Anteprojeto de Código Penal, depois de decorrido um ano, devido a saída, a pedido, do Professor Roberto Lyra, e a ida à Europa do Ministro Néelson Hungria. Com a designação de nova Comissão - Portaria n.º 19-B de nove de fevereiro de mil novecentos e sessenta e cinco - constituída pelos antigos membros: Ministro Néelson Hungria, autor e relator do Anteprojeto; Professor Hélio Bastos Tornaghi; e dos novos: Professores Aníbal Bruno e Helene Cláudio Fragoso, e havendo, em consequência da entrada dos novos membros, necessidade de um completo entrosamento entre esses, houve por bem determinar, sua Excelência o Senhor Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores, Senador Milton Campos, a revisão da matéria já apreciada anteriormente. De acordo com a praxe, na ausência do Ministro da Justiça, a presidência da Comissão, fica adjudica ao Professor Aníbal Bruno. Estão presentes à Sessão de reinstalação da Comissão os Professores Aníbal Bruno, Pre-

15 *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro: UEG, n. 6, p. 153, 1964.

16 Helene Fragoso escreveu texto fundamental para a compreensão dos acontecimentos relativos ao Código Penal de 1969 e para a pesquisa dos documentos pertinentes, intitulado "Subsídios para a história do novo Código Penal", publicado na *Revista de Direito Penal* (n. 3, 1970) e reproduzido nas *Lições de direito penal* (1976).

17 As atas das sessões da segunda comissão revisora do Anteprojeto de Código Penal nos foram gentilmente cedidas pelo Dr. Christiano Fragoso, a quem agradecemos. Os trechos da ata serão doravante citados com a designação do número da sessão. Nas atas não consta número de página.

sidente; Ministro Néelson Hungria, relator, e Professor Helene Cláudio Fragoso. Ausente o Professor Hélio Bastos Tornaghi.

Conforme a ata, a Comissão Revisora foi reinstalada depois de decorrido um ano da última reunião em razão do pedido de demissão de Lyra a da viagem à Europa de Hungria. Além disso, consta que, diante da entrada dos novos membros, decorreu a necessidade de retomar o texto já revisado e que a presidência da Comissão foi adjudicada a Aníbal Bruno<sup>18</sup>. Na sessão de reinstalação estavam presentes, portanto, Aníbal Bruno, designado presidente, Néelson Hungria, o autor do anteprojeto, e Helene Fragoso, além do secretário, Jandir Burlamaqui Dias. Nesta ocasião, iniciaram os trabalhos, discutindo o anteprojeto do artigo primeiro ao décimo segundo. A partir de então ocorreram sessões semanais<sup>19</sup>, até o dia 16 de novembro de 1965, quando, na trigésima quinta sessão, finalizaram a revisão da parte especial. O Professor Hélio Tornaghi teve sua ausência atestada em todas as atas, mas sem especificação do motivo.

Segundo Helene Fragoso, findo o trabalho de revisão, "o projeto revisado deveria ser passado a limpo, distribuindo-se cópias aos membros da Comissão, ficando entre eles acertado que uma segunda leitura do texto revisado deveria realizar-se"<sup>20</sup>. Isso porque "várias questões haviam ficado em aberto, e um estudo comparativo deveria ser feito quanto às penas cominadas, na Parte Especial"<sup>21</sup>. Fragoso narra que os membros da comissão ficaram aguardando nova convocação para o prosseguimento do trabalho, o que acabou por não ocorrer:

Parece, no entanto, que o governo havia se desinteressado do assunto, talvez em face dos graves problemas políticos que àquela época o ocupavam, e não mais recebemos qualquer notícia do projeto. Néelson Hungria externou, em vá-

18 De acordo com a Portaria n.º 19-B, a presidência da comissão caberia ao Ministro da Justiça.

19 A RBCDP 9, de junho de 1965, noticiou: "Proseguem com intensidade os trabalhos de revisão do anteprojeto do Código Penal, de autoria do Ministro Néelson Hungria. A comissão revisora, composta do autor do anteprojeto e dos Professores Aníbal Bruno e Helene Cláudio Fragoso, já tem adiantado consideravelmente os trabalhos, estando praticamente finda a revisão da parte geral". Será elaborada uma exposição de motivos, que deverá acompanhar o projeto revisado, a ser encaminhado ao congresso (RBCDP, Rio de Janeiro: UEG, n. 9, p. 158, 1965). A RBCDP 10, de setembro de 1965, segue tratando dos trabalhos da comissão, que na ocasião esperava "concluir suas atividades nos próximos três meses" (RBCDP, Rio de Janeiro: UEG, n. 10, p. 160).

20 FRAGOSO, ob. cit., p. 303.

21 *Ibidem*, p. 304.

rias oportunidades, desde então, o seu desânimo, não mais acreditando que o trabalho realizado pudesse vingiar.<sup>22</sup>

É possível que o Governo tenha se *desinteressado do assunto* em face das necessidades de manutenção do poder autocrático, que resultou no endurecimento do regime, pois nesse período foram decretados o Ato Institucional nº 2, que, entre outras medidas, extinguiu os antigos partidos políticos e instituiu o sistema bipartidário (Arena e MDB); o Ato Institucional nº 3, que estabeleceu a eleição indireta dos governadores do Estado; o Ato Institucional nº 4; a Constituição de 1967; e, finalmente, o Ato Institucional nº 5, em dezembro de 1968. No Poder Executivo, o moderado Castelo Branco não elegeu seu sucessor, tendo sido substituído na presidência da república pelo general Artur da Costa e Silva, que tomou posse em março de 1967 (o udenista Pedro Aleixo assumiu a vice-presidência). O Ministério da Justiça e Negócios Interiores, que gerenciava as reformas legislativas e chefiava a comissão revisora do Código Penal, também se movimentou no sentido da radicalização do poder autocrático. O Ministro Milton Campos – que deu seguimento aos trabalhos da comissão após o golpe, mantendo os membros que haviam sido nomeados pelo governo depositado – pediu demissão em outubro de 1965, pouco antes da edição do AI-2, por não concordar com os “rumos da revolução”. A partir daí, passaram pelo cargo Luís Viana Filho, Juracy Magalhães, Mem de Sá e Carlos Medeiros da Silva, até a posse, em março de 1967, de Luís Antônio da Gama e Silva, professor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, reitor da USP, defensor ferrenho das medidas repressivas, idealizador e entusiasta do Ato Institucional nº 5.

### 3 A COMISSÃO DE REVISÃO E COORDENAÇÃO DOS PROJETOS DE CÓDIGO E O DECRETO Nº 1.004/1969 DA JUNTA MILITAR

Ao assumir o Ministério da Justiça, Gama e Silva instituiu, por meio do Decreto nº 61.239, de 25 de agosto de 1967, a Comissão de Revisão e Coordenação dos Projetos de Código, que tinha por objetivo concluir os trabalhos de elaboração legislativa iniciados em 1961 e “rever e coordenar os diversos projetos já elaborados, nêles introduzindo as modificações que se fizerem necessárias ou convenientes, tendo em conta a unidade do sistema jurídico nacional e a atualização de vários institutos” (art. 2º do Decreto nº 61.239/1967). Ademais, a comissão foi criada em razão da necessidade de “adaptar vários dos projetos já elaborados à nova ordem constitucional e à atual política legislativa do governo”, conforme consta nos “Considerando” do decreto. A presidência da Comissão de Revisão e Coordenação dos Projetos de Código coube a Alfredo Buzaid. Gama e Silva e

22 Idem, *ibidem*.

Buzaid assumiram o poder no Ministério da Justiça e as reformas legislativas ficaram sob o controle da dupla de colegas da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, que durante o mesmo período também foram reitores da USP<sup>23</sup>. O futuro do Anteprojeto Hungria estava nas mãos dos juristas mais fiéis ao regime militar, que certamente zelariam pela sua adaptação à “nova ordem constitucional”, isto é, a ordem instituída pelo golpe civil-militar. Talvez essa guinada em sentido conservador e antiliberal, tanto no Governo quanto no Ministério da Justiça, explique a paralisação da empreitada codificadora, de 1965 até o início de 1969.

De acordo com o relato de Fragoso, o tema ficou em banho-maria até janeiro de 1969, quando Néelson Hungria o contatou, “dando conta de que o Ministro da Justiça de então, o Professor Gama e Silva, o avisara de seu propósito de editar o novo Código Penal por decreto imediatamente”<sup>24</sup>. Ou seja, menos de um mês após o Ato Institucional nº 5, Gama e Silva contatou Néelson Hungria, comunicando-o acerca do propósito de dar seguimento aos trâmites da elaboração do Código Penal, que estavam em ponto morto desde o final de 1965. Hungria, então, contatou Fragoso, que ponderou no sentido da impossibilidade da edição imediata do Código: “Ponderamos ao mestre que o projeto revisado 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 ficaram em aberto”. Hungria, entretanto, manifestou claramente o desejo de aproveitar o recesso da Câmara Federal e do Senado para que “seu projeto” se transformasse, enfim, no novo Código Penal. Em 1940, o “príncipe dos penalistas”, agora já nos últimos meses de vida, queria ver sua obra se transformar em lei, e, com o Congresso fechado, tanto melhor: “Era evidente, porém, o desejo de Néelson 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”<sup>25</sup>.

Néelson Hungria faleceu no final de março de 1969, sem ver o seu anteprojeto transformado em novo Código Penal. Mas permaneceu influenciando os rumos da criminalização primária brasileira. Dias depois de sua morte, o secretário

23 Gama e Silva foi reitor da Universidade de São Paulo em dois mandatos, de 1963 a 1969, ocasião na qual esteve licenciado inúmeras vezes. Alfredo Buzaid, vice-reitor no derradeiro mandato de Gama e Silva, assumiu o cargo em uma destas licenças, em 1969. Ainda em 1969, Gama e Silva transmitiu o cargo para o novo reitor, Miguel Reale, que o exerceu até 1973.

24 FRAGOSO, ob. cit., p. 304.

25 *Ibidem*, p. 305.

da Comissão Revisora, sob ordens do Ministro Gama e Silva, procurou Heleno Frago, entregando-lhe os originais do projeto e informando que Hungria, pouco antes de falecer, os havia devolvido ao Ministério da Justiça e recomendando que fossem remetidos aos membros da Comissão (Heleno Frago e Aníbal Bruno), para que redigissem a Exposição de Motivo. Heleno Frago conta que, na ocasião, esclareceu ao secretário que o projeto não estava em condições de ser promulgado, conforme dissera ao próprio Hungria, e que receberia “a honrosa tarefa, que expressava a confiança do velho mestre, com a condição de um preliminar reexame metucioso do texto”. De modo que Frago novamente retornou ao trabalho de revisão, verificando 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”. Quando o novo trabalho de revisão já estava quase concluído, Frago foi avisado, “por simples comunicação telefônica”, que estava desincumbido da tarefa, “pois a Exposição de Motivos seria redigida pelo próprio pessoal do Ministério”<sup>26</sup>.

Nesse momento, Alfredo Buzaid tomava as decisões relativas à codificação. Tanto a primeira quanto a segunda Comissão Revisora eram estabelecidas no Rio de Janeiro (o recense Aníbal Bruno, ao aposentar-se da Faculdade de Direito no Recife, mudou-se para o Rio de Janeiro). Além disso, com exceção de Néelson Hungria, os demais membros expressavam, em seus discursos e em seus escritos, posições jurídicas e políticas que não se adequavam ao radicalismo conservador de Gama e Silva e Alfredo Buzaid. Dessa forma, podemos especular que foi por essa razão que Buzaid, ao assumir a coordenação da reforma dos Códigos, chefiado pelo Ministro Gama e Silva, tenha convocado juristas de São Paulo para analisarem e formularem propostas relativas ao Anteprojeto Hungria, entre eles José Frederico Marques, seu companheiro de outras jornadas. Benjamin Moraes<sup>27</sup>,

26 Idem, *ibidem*.

27 Benjamin Moraes foi um colaborador assíduo da elaboração e da revisão de anteprojetos de códigos durante o mandato de Alfredo Buzaid no Ministério da Justiça. Além de participar da revisão dos Anteprojetos de Código Penal e Código Penal Militar, em 1969, e de elaborar o Anteprojeto de Código das Execuções Penais, em 1970, participou da revisão do Anteprojeto de Código de Processo Penal, elaborado por José Frederico Marques; e da Lei das Contravenções Penais, elaborado por José Salgado Martins (atuou na comissão revisora juntamente com José Frederico Marques). Não nos alongaremos em sua biografia, mas cumpre referir que Benjamin Moraes foi diretor do Instituto de Criminologia do Estado da Guanabara e da *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, publicação editada pelo Instituto, de 1963 a 1967; e, no mesmo ano de 1967, foi efetivado como Catedrático da Faculdade Nacional de Direito/UFRJ. Era também pastor presbiteriano. Para informações biográficas sobre Benjamin Moraes, conferir Benjamin Moraes – Traços para o perfil de sua vida e obra, de Licínio Leal Barbosa (1981).

em artigo publicado em 1970 na *Revista de Informação Legislativa* (edição de julho a setembro), intitulado “Visão Panorâmica do Novo Código Penal”, relatou o seguinte:

Quando Hungria faleceu, no início do ano passado, o hoje Ministro Alfredo Buzaid, então coordenador da reforma dos Códigos no Ministério da Justiça, extraiu cópias do anteprojeto emendado e remeteu-as a vários juristas penais do Brasil, principalmente do Estado de São Paulo. Enviou, igualmente, um exemplar ao Professor Oscar Stevenson, aqui no Rio de Janeiro, solicitando-lhes as sugestões de emendas. Cerca de doze a quinze juristas de São Paulo, que receberam cópias do anteprojeto, estudaram-no, fizeram reuniões, enviando posteriormente perto de sessenta sugestões ao Ministro da Justiça.<sup>28</sup>

Não foi possível descobrir quem foram os “doze a quinze juristas de São Paulo” consultados. O certo é que o Ministério Público de São Paulo formou uma comissão composta por Luiz de Mello Kujawski, Ewelson Soares Pinto e Dirceu de Mello, que, com o apoio de José Frederico Marques, elaborou outro projeto de Código Penal. Na edição de número 67 da *Revista Justitia*<sup>29</sup>, do Ministério Público de São Paulo, publicada no quarto trimestre de 1969, consta o anteprojeto de Código Penal elaborado por essa comissão, precedido por nota escrita pelo Procurador de Justiça Luiz de Mello Kujawski. Na nota, datada de 9 de abril de 1970, o procurador de justiça, em suas palavras, “presta uma contribuição, embora incompleta, para a história da elaboração de novo Código Penal”<sup>30</sup>.

Na conversa que mantive com o Professor Gama e Silva, decidiu-se que seria elaborado outro Projeto, a ser entregue ao Professor Buzaid, em que se manteria a sistemática do Código ainda vigente, ao contrário do posteriormente promulgado, que obedeceu às linhas mestras do Anteprojeto Hungria. Essa orientação tinha um só objetivo: dar à comissão revisora a oportunidade de optar entre dois modelos diversos, ambos oriundos, essencialmente, do reconhecido brilho intelectual de Néelson Hungria.<sup>31</sup>

Kujawski esclarece ainda que “o Ministério Público de São Paulo enviou, separadamente, duas séries de sugestões”: a “primeira formulada por uma comissão constituída por iniciativa do Dr. Gilberto Quintanilha Ribeiro e a segunda, redigida pelo Dr. Ewelson Soares Pinto e pelo presidente da comissão elabo-

28 MORAES, Benjamin. Visão panorâmica do novo Código Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, 1970.

29 A linha editorial da *Revista Justitia* era de franco apoio à ditadura.

30 KUJAWSKI, Luiz de Mello. O Ministério Público de São Paulo e o novo Código Penal. *Revista Justitia*, São Paulo: Editora MP, v. 67, p. 362, 1969.

31 *Ibidem*, p. 361.



rada do nosso Projeto”<sup>32</sup>. A partir dessas informações e da entrada em campo do Ministério Público de São Paulo, assessorado por José Frederico Marques, percebemos que ocorreu, mais uma vez, uma disputa pelo Código, travada no interior do campo jurídico-penal, em sua relação com o campo político e burocrático.

Heleno Fragoso, que, em meados de 1969, fora dispensado por *simples comunicação telefônica* da tarefa de redigir a Exposição de Motivos, revelou-se surpreso ao ser novamente convocado, por meio de ofício, para “reunião destinada ao exame de algumas propostas finais relativas ao texto que se julgava definitivo”<sup>33</sup>. Entretanto, aceitou a convocação e participou de algumas reuniões com “os remanescentes das comissões revisoras dos anteprojetos de Código Penal e Código Penal Militar”. Em verdade, quanto ao anteprojeto de Código Penal, Fragoso era o único remanescente, pois Aníbal Bruno, enfermo, declinou a convocação. Quanto à comissão revisora do anteprojeto de Código Penal Militar, estiveram presentes Ivo D’Aquino e Benjamin Moraes. Alfredo Buzaid presidiu tais reuniões, ocasião na qual foram discutidas as emendas dos juristas de São Paulo, provavelmente aquelas provenientes do Ministério Público de São Paulo<sup>34</sup>.

Fragoso relata que havia 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”. Conta também que várias vezes ponderou à Buzaid sobre os trabalhos da Comissão Revisora, solicitando a “oportunidade para propor emendas e correções”, mas que, diante da extrema urgência, foram propostas alterações apenas relativas à Parte Geral. Findo o trabalho de revisão, Fragoso escreveu a Exposição de Motivos da Parte Geral e Benjamin Moraes escreveu a da Parte Especial, conforme Fragoso. A partir daí, tendo sido 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”<sup>35</sup>.

32 *Ibidem*, p. 362.

33 FRAGOSO, ob. cit., p. 305.

34 “Apresentou então o Professor Buzaid várias propostas de alteração do texto revisado, sendo algumas muito importantes (sobre a relação de causalidade, imputabilidade e erro de direito, por exemplo). Grande parte, no entanto, referia-se à redação, com emendas quase sempre muito felizes” (FRAGOSO, ob. cit., p. 306). “Durante vários dias discutiram-se as emendas trazidas de São Paulo. Poucas foram rejeitadas; a quase totalidade, com pequenas alterações, foi aceita, sendo determinada sua incorporação ao projeto já revisado” (MORAES, ob. cit., p. 21).

35 FRAGOSO, ob. cit., p. 307.

Na aula magna que proferiu na abertura do semestre letivo da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, em 1971, Manoel Pedro Pimentel criticou os trabalhos de elaboração do Código e nos forneceu alguns indícios importantes. Segundo o professor da USP, o projeto que resultou dos trabalhos da Comissão Revisora não chegou a ser divulgado. O projeto que resultou da atuação da nova comissão revisora, já em 1968, composta por Heleno Fragoso, Benjamin Moraes e Ivo D’Aquino, também não foi divulgado, antes de se transformar no Decreto-Lei nº 1.004. Conforme Pimentel,

tão sigiloso foi o trabalho desta comissão revisora que, em 1968, quando pres-tamos concurso à cátedra de Direito Penal desta Faculdade de Direito, tivemos que nos empenhar com um amigo influente para obtermos a redação do dispositivo que disciplinava a matéria do crime continuado, assunto de nossa dissertação.<sup>36</sup>

Manoel Pedro Pimentel também relata que fora convidado por Gama e Silva, no início de 1969, para opinar sobre o projeto:

Diga-se, a bem da verdade, que no início do ano de 1969 o então eminente Ministro da Justiça, Professor Gama e Silva, confiou-nos uma cópia do Projeto, pedindo a nossa colaboração pessoal. Estou informado de que idêntico pedido foi feito ao ilustre Professor Basileu Garcia, e de que foi entregue uma outra cópia ao Procurador Geral da Justiça de São Paulo, para o oferecimento de sugestões.<sup>37</sup>

Ressalta, contudo, que suas sugestões não foram acolhidas:

A minha colaboração foi entregue ao eminente Professor Alfredo Buzaid, atual ilustre Ministro da Justiça, que era, na ocasião, o Coordenador da Reforma Legislativa, não me parecendo tivesse sido útil o trabalho, porque nenhum reflexo das observações que fiz foi notado na lei posteriormente editada.<sup>38</sup>

O período final da gestação do Código Penal que veio a ser promulgado em outubro de 1969 deu-se em meio às turbulências do cenário político e à radicalização da ditadura. Um semestre após o Ato Institucional nº 5, em agosto de 1969, o presidente Costa e Silva sofreu um derrame que logo após o levou à morte. Nessa ocasião, os militares deram mais um golpe e impediram a posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo, que, conforme Boris Fausto, além de ser civil, “ti-

36 PIMENTEL, Manoel Pedro. A reforma penal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: [s.ed.], p. 374, 1971.

37 *Ibidem*, p. 375.

38 *Idem*, *ibidem*.

importava encaixar as leis que a Revolução de 1964 já havia adotado em matéria penal e que não tinham sido incorporadas ao texto do anteprojecto". Até que Benjamin Moraes entregou o projecto ao Governo:

Ao entregarmos o projecto revisto, fizemos sentir ao Sr. Ministro que não há obra humana perfeita. Toda obra humana é perfectível. Assim o compreendeu o ilustre homem público. E, embora não se tenha a pretensão de que o novo Código Penal seja obra perfeita, podemos acentuar que ele traduz os últimos avanços da ciência penal, honrando a cultura brasileira, ali incorporada não só pela pena ilustre de Nelson Hungria, mas de todos os criminalistas brasileiros, que, de uma forma ou de outra, concorreram para a sua redacção final.<sup>41</sup>

Em meio às disputas do campo jurídico-penal, surgiu um novo Código. Heleno Fragoso preferiu esclarecer: "Nenhuma participação tivemos nessa fase do trabalho, nem sabemos quem aqui interferiu ou colaborou"<sup>42</sup>. Em 21 de outubro de 1969 é publicado o Decreto-Lei nº 1.004<sup>43</sup>, o novo Código Penal, subscrito pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar - a Junta que governava o País, nos termos dos poderes extraordinários conferidos pelo AI-5 e pelo AI-16 -, e com Exposição de Motivos subscrita pelo Ministro da Justiça, Gama e Silva<sup>44</sup>. Pouco antes, a Junta Militar havia declarado vaga a presidência convocado eleições (índirectas), que ocorreram em 25 de outubro, da qual satu eleito o General Emílio Garrastazu Médici, que assumiu cinco dias depois; assim como o sucessor de Gama e Silva, o novo Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid.

#### 4 SOBRE A COLABORAÇÃO DOS PENALISTAS

É impossível não especularmos sobre a colaboração dos penalistas que participaram da elaboração do Código Penal de 1969 com o governo militar. Os estudos historiográficos sobre as ciências criminais e sobre a legislação penal brasileira até hoje não enfrentaram esse tema. Nos manuais, esse período é parca- mente mencionado<sup>45</sup> e não existe até hoje nenhum estudo historiográfico ou cri-

41 Ibidem, p. 22.

42 FRAGOSO, ob. cit., p. 307.

43 Também foram convertidos em lei, por força dos Decretos-Leis nºs 1.001/1969 e 1.002/1969, o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar.

44 Se não estivermos equivocados, a Exposição de Motivos subscrita por Gama e Silva foi escrita por Heleno Fragoso (Parte Geral) e por Benjamin Moraes (Parte Especial).

45 Eugênio R. Zaffaroni e Nilo Batista, no *Direito penal brasileiro*, dedicam algumas linhas ao tema, mas não desenvolvem um argumento sobre a colaboração dos penalistas.

nha o grave defeito de ter se oposto ao AI-5<sup>39</sup> (1995, p. 236). Assim, por meio do Ato Institucional nº 12, os Ministros Lira Tavares, Augusto Rademaker e Márcio de Souza Melo, do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, assumiram o poder, de modo que a presidência da República passou a ser exercida por uma Junta Militar. No período, além das medidas repressivas relativas à dimensão ideológica - lei de censura previa, instituição do ensino da disciplina e moral e cívica, etc. -, intensificou-se a repressão à dita subversão, por meio da tortura, dos desaparecimentos e das execuções. Do ponto de vista legislativo, o Ato Institucional nº 13, de 5 de setembro de 1969, instituiu a pena de banimento para aquele "que se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional", e o Ato Institucional nº 14, da mesma data, alterou a Constituição de 1967, para permitir a aplicação da pena de morte, a prisão perpétua, o banimento e o confisco em casos de "guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva". Para completar o "pacote repressivo" da Junta Militar, em 29 de setembro de 1969 entrou em vigor o Decreto-Lei nº 898, a Lei de Segurança Nacional, destinada a instrumentalizar a ditadura. Em todos os casos, o nome do Ministro da Justiça, Gama e Silva, é o primeiro a constar no texto dos atos e do decreto, logo abaixo dos militares da Junta.

É curioso que em meio a tal *barulho* houvesse pressa para promulgar um novo Código Penal. Ao mesmo tempo em que o Ministério da Justiça participava ativamente da elaboração dos atos e dos decretos, auxiliando os órgãos estatais e paraestatais na repressão política, também se esforçava para dar cabo da empreitada codificadora iniciada ainda no Governo João Goulart. Enquanto o governo militar violava sempre que queria as leis que editava, alterando-as ou descumprindo-as, penalistas se engajavam na produção legislativa, sob ordens desse mesmo governo. Ao passo que o sistema penal subterrâneo produzia suas vítimas, o sistema penal comum, às voltas com a reforma penal, mantinha a aparência de legalidade.

Benjamin Moraes relata: "Quando terminou este trabalho, por ordem do Ministro Gama e Silva, o então coordenador da reforma dos Códigos, Professor Alfredo Buzaid, honrou-nos com o convite para fazer a assim chamada revisão final"<sup>40</sup>. Honrado com o convite, Moraes passou ao trabalho: "Esta tarefa custou-nos bastante e obrigou-nos a consultas inúmeras, durante o prazo curto que nos foi concedido". Foi então necessário trabalhar "todos os dias e até madrugada". O objetivo da revisão final não era transformar o Anteprojecto Hungria ou elaborar um novo, "mas, mantendo-se o mais possível a obra deixada por Hungria,

39 BORIS, Fausto. *História do Brasil*. São Paulo: Editora USP, 1995.

40 MORAES, ob. cit., p. 21.

minológico acerca desse assunto. Em nossa pesquisa não encontramos respostas conclusivas, de maneira que nos contentaremos em formular perguntas.

Conforme afirmamos, desconhecemos qualquer manifestação pública de Nélson Hungria sobre a ditadura instaurada em 1964. É certo que o penalista participou da Comissão Revisora, em 1965, pouco menos de um ano após o golpe. Naquela ocasião, apesar de já terem sido realizadas diversas arbitrariedades, ainda era muito forte a ideia de que o Presidente Castelo Branco era um moderado, que conduziria brevemente o País para o restabelecimento da democracia. Nesse momento, a Comissão Revisora era chefiada pelo Ministro Milton Campos, que em comparação com Gama e Silva e Alfredo Buzaid, pode ser considerado um progressista. Já, em 1969, quando Gama e Silva o contactou para dar seguimento aos trâmites da elaboração do Código, Hungria demonstrou o inequívoco interesse de que o projeto fosse transformado em lei por decreto, aproveitando-se do recesso parlamentar e dos poderes extraordinários conferidos pelo Ato Institucional nº 5. Por que, mesmo diante das ponderações de Fragozo de que o trabalho ainda não estava pronto, Hungria quis aproveitar um dos contextos de maior arbitrariedade na história política brasileira para ver o projeto transformado em lei? Por que Nélson Hungria quis aproveitar o AI-5 para tal fim? O que essa atitude significa? No mínimo, podemos concluir que Nélson Hungria não vislumbrou qualquer problema político, jurídico ou ético em apoiar e incentivar a promulgação de um novo Código Penal, resultante de anteprojecto de sua autoria, em um contexto de franca ditadura. O conteúdo do Código, é verdade, não se diferenciava do daqueles tidos por "liberais", mas o *pecado original* repetia-se, como em 1940.

Benjamin Moraes parecia à vontade no diálogo com Gama e Silva e Buzaid, os *juristas da ditadura* que intermediavam a relação dos penalistas com o governo militar. Escreveu sem receios sobre a necessidade de adaptar o Código às "leis da Revolução" e participou da segunda fase da "Reforma dos Códigos", quando, já no mandato de Buzaid no Ministério da Justiça, a Comissão de Coordenação e Revisão dos Projetos de Código foi absorvida pela Comissão de Estudos Legislativos, instituída pelo Decreto nº 64.416/1969. Nessa fase, Alfredo Buzaid convidou juristas que tinham posturas ideológicas mais alinhadas ao regime para a elaboração e a revisão dos projetos de Código de Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais, quais sejam, José Frederico Marques, que elaborou o projeto de Código de Processo Penal, e José Salgado Martins<sup>46</sup>, que

46 José Salgado Martins, penalista falecido em 1973, exerceu a docência e escreveu diversas obras jurídico-penais e sobre a história do pensamento jurídico do Rio Grande do Sul. Fez parte da "geração dos juristas católicos" que a partir dos anos trinta passaram a exercer

elaborou o projeto de Lei das Contravenções Penais. Benjamin Moraes foi revisor de ambos os projetos e, ademais, foi o autor do projeto de Código das Execuções Penais, que, ao tempo da Comissão de Estudos Legislativos, teve seu texto incorporado ao projeto de Código de Processo Penal.

Da mesma forma, Manoel Pedro Pimentel e Basileu Garcia colaboraram com o Ministério da Justiça, a pedido de seus colegas do Largo São Francisco, Gama e Silva e Buzaid.

Aníbal Bruno, falecido em 1976, aos oitenta e sete anos, mas enfermo desde o final dos anos sessenta, também não deixou nenhum escrito específico sobre o contexto jurídico-político do período em análise. Participou assiduamente da Comissão Revisora, em 1965, dedicando o seu tempo e a sua energia à reforma penal. Na reconvocação de 1969, não pode contribuir em razão de problemas de saúde. O caso de Helene Cláudio Fragozo é o que desperta maiores dificuldades.

Helene Fragozo foi um opositor do regime. Ainda que logo após o golpe, no livro *A justiça penal e a revolução* (1965), tenha considerado o "movimento de abril" legítimo e necessário, nessa mesma obra já iniciou suas críticas às arbitrariedades cometidas em nome da repressão dos delitos políticos, o que continuou a fazer até o seu precoce falecimento, mantendo sempre uma irrestrita defesa liberal dos direitos e das garantias fundamentais, e desenvolvendo, ao longo dos anos setenta, uma visão francamente crítica do sistema penal. Helene C. Fragozo, em razão de sua militância na defesa de presos políticos, chegou a ser sequestrado pelo Estado, no início de novembro de 1970, ficando por três dias no cativeiro, juntamente com outros colegas. Narrando e comentando o fato, em *Advocacia da liberdade*, considerou que "os agentes do governo agiam como bandidos dos comuns"<sup>47</sup>. No livro *Lei de segurança nacional, uma experiência antidemocrática*, o advogado e penalista denunciou que as leis de segurança nacional instituídas pelo Decreto-Lei nº 314/1967 e pelo Decreto-Lei nº 898/1969, que o substituiu, não possuíam legitimidade democrática:

forte influência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Foi diretor da Faculdade de Direito da UFRGS entre 1949/1952, 1953/1961 e 1971/1973. Também ocupou o cargo de Presidente da Federação das Associações Rurais do Rio Grande do Sul (Farsul), de 1951/1953, e foi vice-presidente da União Democrática Nacional (UDN). Para mais informações, cf. ENGELMANN, Fabiano. Diversificação no espaço jurídico das lutas pela definição do direito no Rio Grande do Sul. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004. p. 72-118.

47 FRAGOSO, Helene Cláudio. A justiça penal e a revolução. Rio de Janeiro: [s.ed.], 1965. p. 150.

Tanto o DL vigente como os anteriores foram editados pelo poder discricionário do Presidente da República, ou da Junta Militar que exercia as suas funções, sem aprovação do Congresso e, pois, sem qualquer legitimidade democrática, mesmo a puramente formal, que existe num Congresso inteiramente dominado e limitado pelo Executivo, como foi o que funcionou no Brasil durante todos esses anos de ditadura militar.<sup>48</sup>

De modo que se torna difícil compreender a colaboração de Heleno Fragoso com o governo militar nos trabalhos de elaboração do Código Penal. Relativamente à segunda Comissão Revisora, podemos supor que sua visão ainda era a pronunciada em *A justiça penal e a revolução: a compreensão do golpe, a crítica dos excessos e a crença no papel do Judiciário*. A figura de Milton Campos, na chefia do Ministério da Justiça, e a disposição do Governo Castelo Branco em manter a mesma Comissão, após sucesso do golpe, completavam o quadro de aparência da normalidade: era crível a promessa de redemocratização em curto prazo. Contudo, em 1969, na segunda convocação, o AI-5 já havia sido promulgado; ademais, Luís Antônio da Gama e Silva e Alfredo Buzaid já dominavam o Ministério da Justiça e não escondiam suas visões antidemocráticas. Neste contexto, por que atender a convocação? Por que colaborar com aqueles que estavam noutra trincheira, contribuindo para a prática e para a ocultação das violências do regime, que Heleno Fragoso combatia e denunciava, na advocacia e na academia? Por que atender à pressa, à urgência, expressada por Hungria e depois por Buzaid? Por que contribuir para que o Código fosse promulgado por decreto, aproveitando-se do recesso parlamentar e dos poderes extraordinários atribuídos ao Presidente da República pelo AI-5? Por qual razão o Código Penal não padeceria da ilegitimidade democrática denunciada pelo próprio Fragoso na passagem recém-transcrita<sup>49</sup>? Por que Heleno Fragoso não questionou a vontade de Hungria em ver projeto transformado em lei nos termos do AI-5?

Não temos respostas para essas perguntas. Podemos imaginar que Heleno Cláudio Fragoso, que em seu relato sobre a história do Código Penal de 1969 deixa evidente o seu desconforto com a situação, estava cumprindo o desejo que Néelson Hungria manifestou pouco antes de falecer, a "tarefa honrosa, que ex-ver projeto transformado em lei nos termos do AI-5".

48 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lei de segurança nacional: uma experiência antidemocrática. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1980. p. 14.

49 Tanto o Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969 (Lei de Segurança Nacional), quanto o Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal), foram editados pela Junta Militar que assumiu o poder após o novo golpe de Estado de agosto de 1969 (que impediu a posse do vice-presidente Pedro Aleixo). Ambos possuem a mesma fundamentação legal.

pressava a confiança do velho mestre<sup>50</sup>. Flagra-se aqui, além de uma intensa admiração intelectual, uma relação de amizade entre os dois penalistas. A primeira edição de *Lições de direito penal*, de Heleno C. Fragoso, vem com dedicatória "à memória de Néelson Hungria, amigo e mestre", por meio da qual "o autor presta homenagem ao mestre incomparável do Direito Penal brasileiro, a quem esteve tão intimamente vinculado, por profunda e permanente admiração e afeto". Além da relação de admiração e amizade entre mestre e discípulo, a figura de Néelson Hungria, sua notoriedade, sua autoridade, seu capital científico, parecia neutralizar o vício de origem, garantindo a autonomia, a relativa independência do campo jurídico-penal em relação às pressões externas. Assim, o projeto não se apresentava como um projeto da ditadura, que ficou nas gavetas de um Ministério altamente questionável e que tramitou em meio à monopolização do Estado brasileiro pelos militares e pelos civis que sustentaram o regime - era o Código Penal de Néelson Hungria, que o afixava em nome próprio.

"O Código Penal vigente será, talvez, a melhor de nossas codificações", pontificava a Exposição de Motivos assinada por Luís Antônio da Gama e Silva, publicada no Diário Oficial da União em 21 de outubro de 1969. Apesar disso, o Código acabou nunca entrando em vigor. O art. 407 da redação primitiva do Código Penal de 1969 estabelecia o início da vigência para o dia 1º de janeiro de 1970. Mas ainda em 1969, no dia 1º de dezembro, pouco mais de um mês após a publicação do Decreto-Lei nº 1.004, já durante os mandatos de Médici e Buzaid, o governo decidiu adiar a entrada em vigor para 1º de agosto de 1970, sem apresentar qualquer justificativa para o ato. A partir de então, a vigência foi sucessivamente adiada, primeiro para o primeiro dia de 1972 e depois para o primeiro dia de 1973. No mesmo ano, o Congresso Nacional discutiu intensamente o Projeto de Lei nº 1.457/1973, de autoria do Poder Executivo, que alterava sensivelmente a redação original de 1969 e que resultou na Lei nº 6.016/1973. Tal lei estabeleceu que o Código Penal, com as alterações, deveria entrar em vigor em 1º de julho de 1974. Três dias antes dessa data, em 27 de junho de 1974, Ernesto Geisel, presidente recém-empossado, editou nova lei para adiar a vigência, estabelecendo que o Código Penal, com as alterações da Lei nº 6.016/1973, entraria "em vigor juntamente com o novo Código de Processo Penal". Em 1978, finalmente, o Código Penal, gestado a partir do anteprojeto de Néelson Hungria, de 1963, e que durante praticamente todo o regime militar ocupou o governo e os penalistas brasileiros, foi revogado, sem nunca ter entrado em vigor.

Trata-se de um caso interessante na história da legislação penal brasileira. Um Código Penal que durante duas décadas ocupou o centro dos debates das

50 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. São Paulo: Bushatski, 1976. p. 305.

ciências criminais no Brasil, que ensejou publicações, congressos e eventos; que tramitou em meio às idas e vindas da ditadura, às arbitrariedades do regime. Quais os interesses do campo burocrático, sobretudo do Ministério da Justiça? E quais os interesses dos penalistas que contribuíram diretamente para a elaboração do Código? Quanto à primeira questão, nossa hipótese é que a manutenção das discussões sobre a legislação penal comum contribuía sensivelmente para a produção da aparência de legalidade, que foi um aspecto ideológico importante da reprodução da autocracia-burguesa; quanto à segunda, cremos que os penalistas acreditavam na *força da ciência do direito penal*, que não cederia à *voluntade dos príncipes*, ou dos ditadores, de modo que mesmo em um contexto de ditadura seria possível transformar em lei, em código, os *progressos* do saber jurídico-penal.

## 5 UM CÓDIGO PENAL NATIMORTO

Por que o Código nunca entrou em vigor? Por que não sobreviveu? Por que não teve força política e simbólica para tornar-se, de fato, o *novo Código Penal*? Veremos quais foram as justificativas oficiais, mas antes gostaríamos de analisar o tema sob outro ângulo.

Logo após a promulgação, diante do conturbado contexto que abordamos, o Código ficou *órfão*. Néelson Hungria - que, como é sabido, já havia defendido ardorosamente o Código Penal de 1940 em sua atuação político-intelectual, e que o mesmo fizera relativamente ao Anteprojeto Hungria de 1963, participando, já com a idade avançada, de inúmeros eventos jurídico-penais e respondendo em artigos às críticas que foram sendo formuladas ao longo dos anos sessenta<sup>51</sup> - já havia falecido, e ainda que sua influência se mantivesse forte sobre os demais penalistas, não mais podia defender o Código pessoalmente. Heleno Fragoso, da mesma forma, finalizou sua participação em meados de 1969, e fez questão de frisar que não participou da última revisão, que antecedeu a promulgação. Amíbal Bruno, por seu turno, não participou da última revisão, e antes já havia dito que preferia ver seu nome desvinculado dos trabalhos de revisão caso o projeto se transformasse em lei sem uma revisão mais detida e minuciosa. Benjamin Moraes seguiu colaborando com o Ministério da Justiça durante os anos setenta, mas mesmo assim afirmou, em conferência pública, conforme relato de Luiz de

Mello Kujawski na nota prévia ao anteprojeto elaborado pela Comissão do Ministério Público de São Paulo, que "a publicação do novo Código resultou, por engano, de um rascunho inacabado, que será revisto e novamente publicado"<sup>52</sup>.

Desprovido de legitimação, dado o desinteresse dos agentes envolvidos em promovê-la, o Código foi perecendo. Conforme adiantamos, concomitantemente aos trâmites finais da codificação, uma comissão do Ministério Público de São Paulo, com auxílio de José Frederico Marques, já havia elaborado outro anteprojeto, publicado na *Revista Justitia* do último trimestre de 1969, que "manteria as 'linhas mestras do Código Penal em vigor' e daria à Comissão Revisora a 'oportunidade de optar entre os dois modelos diversos'<sup>53</sup>. Depois de promulgado, o Código continuou a ser intensamente criticado, principalmente no que toca ao regime de penas, no sentido da restrição da solução carcerária.

No IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, ocorrido em Recife, 1970, os penalistas dedicaram-se novamente à crítica do Código recém-promulgado e com a vigência adiada<sup>54</sup>. O evento não deixou anais, mas o próprio Ministério da Justiça, nos *Arquivos do Ministério da Justiça*, periódico oficial idealizado por Alfredo Buzaid, publicou informações sobre o evento, referindo que "o ponto de referência da maioria dos trabalhos foi [...] o novo Código Penal Brasileiro, cuja vigência foi adiada a fim de que se pudesse atender a reclamações sentidas de serem reexaminados alguns de seus dispositivos", e noticiando que mais uma revisão estava em curso: "Última-se revisão que indicará as alterações a serem submetidas ao Congresso Nacional"<sup>55</sup>.

52 No texto já citado, *Panorama...*, de 1970, que veio à luz logo após a publicação do Código, Benjamin Moraes não relata este fato. Já, no artigo "O futuro do direito penal brasileiro", de 1975, Benjamin Moraes o menciona, nos seguintes termos: "Deve-se assinalar, aliás, como elemento histórico, que a publicação dele, no Diário Oficial da União, apresentou-se com uma centena e meia de incorreções, nunca tendo sido republicado, apesar de o Ministro Gama e Silva haver rubricado novamente todas as páginas que apresentaram incorreções datilográficas" (MORAES, Benjamin. O futuro do direito penal brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, p. 193, 1975).

53 KUJAWSKI, ob. cit., p. 361.

54 Damásio de Jesus, René Ariel Dotti, Manoel Pedro Pimentel, José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, Alcides Munhoz Neto, Arminda Miotto e Roque de Brito Alves, entre outros penalistas, apresentaram teses oficiais no Congresso.

55 Na mesma edição foi publicado texto de Alfredo Buzaid, intitulado "A renovação da ordem jurídica positiva". O texto é a transcrição de conferência que proferiu na Escola Superior de Guerra, em 1º de junho de 1971. Nela o autor dizia que as grandes codificações são "monumentos jurídicos em que o legislador deve sublimar, quanto ao fundo e à forma, o esplendor de seu saber, a energia do pensamento e a beleza da linguagem. Só assim é que

51 "Depois que publicou o anteprojeto, Hungria participou de dezenas de simpósios e congressos, que se realizaram no Brasil, analisando minuciosamente sua obra. [...] Acrescente-se que, se Néelson Hungria nem sempre esteve presente a esses congressos todos, os seus promotores enviaram o resultado de suas observações para a seção de reforma do Código, no Ministério da Justiça. Néelson Hungria leu-os e estudou, uma por uma, as muitas propostas de modificações vindas de todos os cantos do Brasil. Há arquivos volumosos compulsados e anotados por Néelson Hungria." (MORAES, ob. cit., p. 20)

Também em 1971 ocorreu o I Encontro Nacional de Secretários de Justiça e Presidentes de Conselhos Penitenciários, em Nova Friburgo (RJ), que resultou na Moção de Friburgo, endereçada ao Ministério da Justiça, que tratava da situação carcerária do País e sustentava a necessidade de restrição da pena de prisão. Dessa iniciativa resultou mais um anteprojeto, ligado ao Ministério Público e à Magistratura paulista, assinado por Antônio Carlos Penteado de Moraes, Francisco Papaterra Limongi Neto, José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, José Rubens Prestes Barra e Manoel Pedro Pimentel<sup>56</sup>. O anteprojeto e a Exposição de Motivos, datados de maio de 1972, foram publicados na primeira edição da *Revista Ciência Penal*, de 1973. Sem falsa modéstia, os autores, dirigindo-se ao Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, referem que se trata de uma “desinteressada contribuição para a tarefa de reexame do Código Penal de 1969, na oportunidade em que o Congresso Nacional apreciará as emendas oferecidas pelo Governo da República à lei já promulgada, mas ainda sem vigência” (1973, p. 149), e que o trabalho é fruto de “longo e ponderado estudo, realizado com profundidade e à luz de acentuado espírito crítico, depois de maduras reflexões” (1973, p. 149). Ao final, expressam a convicção de que “Vossa Excelência [o Ministro da Justiça] lhe dará a atenção patriótica que tem dispensado a todos os assuntos de relevante interesse para a Nação, afetos à Pasta da Justiça, que superiormente dirige” (1973, p. 149).

Completando esse quadro, a Moção de Goiânia, de 22 de setembro de 1973, que resultou do *Seminário de Direito Penal e Criminologia* ocorrido na Universidade Católica de Goiás, recomendava que o Código Penal de 1969 entrasse em vigor simultaneamente à vigência do “anteprojeto de Código de Processo Penal do Professor J. Frederico Marques”, levando em conta que vários de seus institutos, “a exemplo do criminoso habitual e do criminoso por tendência, são interdependentes”<sup>57</sup>.

se impõe ao respeito do povo e adquirem longevidade” (BUZOID, Alfredo. O Ministério da Justiça. *Relatório de 1969-1974*. Brasília: MJ, 1974).

56 Os juristas se identificaram da seguinte forma, respectivamente: Assessor da Corregedoria-Geral do Ministério Público; Corregedor-Geral do Ministério Público; Juiz do Tribunal de Alçada Criminal; Vice-Presidente do Tribunal de Alçada Criminal; Juiz do Tribunal de Alçada Criminal e Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP.

57 Subscreveram a Moção de Goiânia os seguintes penalistas: José Salgado Martins, Manoel Pedro Pimentel, Alcides Munhoz Neto, Jair Leonardo Lopes, Everardo da Cunha Luna, Raul Chaves, Luiz Vicente Cernichiaro, Benjamim Moraes Filho, Licínio Leal Barbosa, entre outros juristas locais.

Benjamin Moraes, no artigo “O futuro do direito penal brasileiro”, publicado em 1975 na *Revista de Informação Legislativa*, relata que o Ministério da Justiça, em 1969, esperava que o novo Código de Processo Penal, “indispensável à perfeita execução da lei substantiva”, fosse elaborado rapidamente, pois já havia o Anteprojeto de Hélio Tornaghi, “que pode ser prontamente revisto e adaptado ao novo diploma penal”. Entretanto, “a mudança de governo operada em 1969 adotou [...] outra orientação”. O *Ministério Buzaid* incumbiu o Professor José Frederico Marques da tarefa e o orientou a aproximar o “novo diploma processual penal da nova lei de processo civil, da sua eminente autoria”. Benjamin Moraes conta que José Frederico Marques passou a trabalhar intensamente e que submetia cada novo capítulo do anteprojeto “ao crivo da Comissão Revisora, presidida pelo Professor José Carlos Moreira Alves e integrada pelos Professores José Salgado Martins e Benjamin Moraes”. Segundo o penalista, foi o prolongamento dos trabalhos de elaboração do Código de Processo Penal que obrigou “o Governo a propor ao Congresso sucessivos adiantamentos na vigência do novo Código Penal”<sup>58</sup>. Enquanto durava esse descompasso, “os Congressos de Direito Penal e ciências afins iam apontando inúmeros dispositivos que deveriam ser melhorados”. Para Moraes, cabia ao governo “ser sensível à opinião comum dos maiores juristas penais do Brasil, a fim de aperfeiçoar o novo Código, mesmo antes de sua vigência”<sup>59</sup>.

No *Relatório apresentado ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República pelo Ministro da Justiça Alfredo Buzaid*, o jurista da USP prestou contas de seu mandato. Informou pormenores das ações do Ministério durante o período que o chefiou e sustentou que após o AI-5 o Ministério da Justiça passou a ocupar um “papel de relevo na ordem revolucionária implantada”<sup>60</sup> e que, em razão disso, procurou “desempenhar com desatogo e presteza o importante papel que lhe reservou a Revolução”<sup>61</sup>. Dedicou especial atenção às ações de repressão à subversão, às “Medidas Revolucionárias”, relatando que “coube ao Ministério da Justiça estudar e propor [...] “certas providências” que o Poder Executivo deveria tomar graças à autorização prevista no AI-5. Abordou a necessidade de “vigilância permanente contra a propaganda solerte e subliminar exercida pela frente esquerdista nos diferentes setores classistas brasileiros”, lembrando que o “tóxico é também uma arma da subversão contra as democracias e o mundo livre”<sup>62</sup>.

58 MORAES, ob. cit., p. 193.

59 Ibidem, p. 194.

60 BUZOID, ob. cit., p. 24.

61 Ibidem, p. 31.

62 Ibidem, p. 182.

Buzaid também relata as atividades da Comissão de Estudos Legislativos, que absorveu as atribuições da Comissão de Coordenação e Revisão dos Projetos de Código, a qual presidira, e assumiu o comando da “programação governamental destinada à reformulação do ordenamento positivo nacional”<sup>63</sup>. Manifesta-se aqui o apetite tecnocrático-modernizador do regime militar, pois Buzaid nos informa que nomeou juristas para elaborarem projetos de Código de Processo Penal (Professor José Frederico Marques), Código Civil (Professor Miguel Reale), Código Judiciário do Trabalho (Professor Mozart Victor Russomano), Código de Menores (Juiz Alberto Augusto Cavalcanti de Gusmão), Código de Direitos do Autor e Direitos Conexos (Desembargador Milton Sebastião Barbosa), Código de Navegação (Professor José Ferreira de Souza), Código de Aplicação das Normas Jurídicas (Professor Haroldo Valladão), Lei das Contravenções Penais (José Salgado Martins) e Código de Processo Civil (Alfredo Buzaid). Outros tantos compuseram as comissões revisoras<sup>64</sup>, juristas legitimados e autorizados a *renovar a ordem jurídica positiva*, que de tão sábios devem “sublimar, quanto ao fundo e à forma, o esplendor de seu saber”, para que pudessem atingir o respeito do povo, na passagem que denuncia a crença de Buzaid no papel civilizador das elites jurídicas. Em um trecho de gosto duvidoso, que o autor utiliza como epígrafe do Relatório, o professor do Largo São Francisco encanta a tecnocracia legislativa que contribuiu para instituí-las<sup>65</sup>:

As grandes obras legislativas se assemelham às pirâmides. Os que as constroem, levantando pedra sobre pedra, não têm visão da grandeza de suas dimensões. Força é distanciar delas no tempo e no espaço para lhes compreender a beleza e o merecimento. Os que a fazem não podem julgá-las; os que as julgam não podem fazê-las. Um dia a história proferrá julgamento sereno, objetivo e imparcial. É a sentença da posteridade.

No seio da Comissão de Estudos Legislativos, Benjamin Moraes foi incumbido de estudar as emendas sugeridas, analisar os outros anteprojetos já mencionados e elaborar um novo Anteprojeto de Reforma do Código Penal. Segundo o autor, diante da incumbência, reuniu-se com Frederico Marques e Salgado Martins e elaborou o anteprojeto, bem como “a Exposição de Motivos, que o

63 Ibidem, p. 46.

64 Ibidem, p. 46-50.

65 Já ficou claro que Buzaid não tinha qualquer desconforto em editar Códigos por Decreto. Podemos especular que o objetivo de Buzaid era aproveitar os momentos de recesso parlamentar ou o amplo domínio da Arena no Congresso Nacional para aprovar a *renovação do ordenamento jurídico positivo* que arquitetou.

Presidente Emílio Médici enviou ao Congresso”<sup>66</sup>. Na sessão de 23 de agosto de 1973 do Congresso Nacional, a Mensagem Presidencial nº 260, que submete o Projeto de Lei nº 1.457/1973 à deliberação, é lida, acompanhada da Exposição de Motivos, subscrita por Alfredo Buzaid e escrita por Benjamin Moraes. Segundo a Exposição de Motivos, aquela que *seria, talvez, a melhor de nossas codificações*, necessitava de reparos, antes mesmo de entrar em vigor, em razão da *evolução social por que passa o País*:

Examinando o texto à luz da evolução social por que passa o País e a necessidade de atualizar algumas de suas instituições, cheguei à conclusão de que vários de seus preceitos deveriam sofrer alteração. Para esse fim foi elaborado o anexo projeto de lei que, sem modificar a vigorosa estrutura do Código Penal, lhe corrige as imperfeições. Mantendo as inovações do estatuto promulgado, procura adequá-lo às peculiaridades nacionais e às contingências de nossa época, objetivando contribuir para que o Código Penal brasileiro constitua eficaz instrumento na luta contra a criminalidade.<sup>67</sup>

Tratava-se, segundo as justificativas, de adequar o Código às *peculiaridades nacionais* e às *contingências da época*. Na Câmara dos Deputados, foram apresentadas diversas emendas, por deputados da Arena e do MDB, muitas delas acolhidas pelo Deputado Elcio Álvares, da Arena, relator do projeto. Em seu relatório de 18 de setembro de 1973, Elcio Álvares repete o mantra de que “um código deve corresponder com o estágio cultural de um povo” e que em seu texto “devem situar-se as tendências e os sentimentos do povo”, e não deixa de prestar a homenagem da casa legislativa aos Excelentíssimos Presidente Médici e Ministro Buzaid, “pela conduta altamente humanista que verifica nas razões inspiradoras do presente projeto”, bem como pela “preocupação em dotar o País de um ordenamento jurídico de acordo com o seu progresso, o seu novo estágio cultural [...] e o seu desenvolvimento econômico, social e político – conquistas que se devem em parte ao advento da Revolução”. Poucos dias depois, em 26 de setembro, a matéria já estava submetida à discussão e votação em turno único. Na ocasião, os deputados sustentaram as razões de suas emendas, lamentando a exiguidade

66 O Relatório informa o seguinte: “Concluindo cuidadoso exame em torno do novo Código Penal, com o início da vigência adiada, o Ministério da Justiça preparou projeto, que se transformou na Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973, modificando a redação de seus vários artigos. Com essas emendas, o texto definitivo será aplicado em todo país a partir de 1º de julho de 1974” (Buzaid, ob. cit., p. 14).

67 A subsecretaria de edições técnicas do Senado Federal publicou, em 1974, o livro *Código Penal – Histórico da Lei nº 6.016 de 1973*, no qual a tramitação da lei está documentada.

de tempo e a parca fundamentação do relator ao rejeitar grande parte delas<sup>68</sup>. A bancada do MDB aproveitou a ocasião para criticar o governo e, principalmente, o Ministro da Justiça. O Deputado Peixoto Filho subiu à tribuna para “cobrar o cumprimento das promessas do Ministro Alfredo Buzaid”, o “Ministro do atual Governo que mais promete e que mais ocupa as principais páginas dos jornais deste País”, mas que “faltou ao compromisso assumido”, e, ao invés de entregar os novos Códigos, “decepcionou mais uma vez”. Peixoto Filho esclareceu que não apresentou emendas para não participar da votação de um projeto que tinha “fins publicitários” e que tramitou em um Congresso que, “com a transferência de suas principais prerrogativas, perdeu a sua independência de ação” (1974, p. 164). O Deputado José Alves apoiou Peixoto Filho: “No fim do período governamental feito o balanço, ficam dois Códigos remendados”. O Deputado Aldo Fagundes, do MDB, protestando contra a rapidez com que tramitou o projeto, perguntou: “Se o Executivo necessitou de mais de três anos para estudar esta reforma, como pode exigir que o Legislativo o faça em noventa dias?”. Ao cabo, contudo, o Projeto nº 1.457-B, proveniente do Executivo alterado pelas emendas da Câmara, foi aprovado, na sessão 4 de outubro de 1973, pouco mais de um mês depois de recebido pelo Congresso.

No Senado Federal, os parlamentares Franco Montoro e Nelson Carneiro, do MDB, e Accioly Filho, da Arena, protagonizaram as discussões. Já, na primeira sessão ordinária, de 11 de outubro de 1973, Franco Montoro invocou questão de ordem e repetiu as críticas de seus correligionários da Câmara, no sentido da impossibilidade de análise do projeto no prazo de 45 dias, conforme solicitado na Mensagem Presidencial, o que seria incompatível com “a complexidade da matéria e o interesse nacional”<sup>69</sup>. Os senadores apresentaram cento e quarenta e três

68 O Deputado Nina Ribeiro, da Arena, lamentou a rejeição de suas emendas, salientando que exerceu, por quase dez anos, “na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, a cadeira de Direito Penal, em substituição ao emérito jurista Dr. Heráclito Sobral Pinto, e por indicação do eminente vulto das letras jurídicas pátrias, Desembargador Murta Ribeiro, ex-presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara” (1974, p. 170), do qual fora assistente: “Em nome dos princípios doutrinários que me levaram à cátedra universitária por nove anos, seria covardia que eu renunciasse a eles, silente, na medida em que apresentei as oito emendas - e eu o faria de novo (*Muito bem! Palmas!*)”.

69 No livro sobre a tramitação de Lei nº 6.016/1973, já mencionado, consta a transcrição de uma discussão ocorrida na sessão do dia 5 de setembro de 1973, entre Franco Montoro e os parlamentares da Arena Eurico Rezende e José Lindoso. O debate começa em razão do discurso inflamado de Franco Montoro contra as ações do Ministério da Justiça relativas ao Código Penal, mas evolui para uma discussão sobre o regime ditatorial, na qual Montoro enumera e critica as arbitrariedades do governo. O parlamentar Eurico Rezende responde: “Louvou o AI-5 e digo mais... O AI-5 está em vigor há muitos anos. Sempre que há eleição,

emendas de plenário e nas justificativas legitimaram-nas citando os penalistas que à época estavam manifestando-se sobre o tema. Accioly Filho menciona as contribuições de seus conterrâneos Alcides Munhoz Neto, Luis Alberto Machado e René Dotti, todos da Universidade Federal do Paraná, além da contribuição de Accioly Neto, professor da Faculdade de Curitiba, e de Manoel Pedro Pimentel. Franco Montoro apresentou como emenda (nº 140) destinada a substituir todo o capítulo das penas o já mencionado anteprojeto elaborado por Manoel Pedro Pimentel e outros, no seio da “comissão de membros da Magistratura e do Ministério Público de São Paulo”. Diante desse quadro, Accioly Filho, relator do projeto, apresentou um substitutivo, incorporando as emendas com parecer favorável, inclusive aquela resultante do anteprojeto dos juristas de São Paulo, que foi aprovado na sessão de 21 de novembro de 1973. No retorno à Câmara, entretanto, o substitutivo do Senado foi rejeitado e o projeto anterior, resultante do projeto do governo (elaborado por Benjamin Moraes), com as alterações decorrentes das emendas da Câmara dos Deputados, foi aprovado, na sessão de 29 de novembro de 1973, transformando-se na Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973, que em seu art. 6º dispunha que a lei entraria em vigor em 1º de julho de 1974.

Em março de 1974, Geisel substituiu Médici e Armando Falcão assumiu o Ministério da Justiça<sup>70</sup>. Decidiram não sustentar a entrada em vigor do Código (alterado pela Lei nº 6.016) e puderam contar novamente com o Professor Benjamin Moraes. Segundo Moraes, “a Lei nº 6.016 não conseguiu satisfazer o Governo e muitos juristas pátrios, que reclamaram suas deficiências e incongruências”<sup>71</sup>. Por isso, o penalista foi incumbido de ser o redator de mais um anteprojeto de emendas que sofreu, “como sempre, o crivo da Comissão integrada pelos Professores Moreira Alves e Frederico Marques”. Nessa ocasião, os projetos de Código de Processo Penal e de Contravenções Penais foram concluídos, de maneira que foi possível afinar todos os Códigos, “fazendo-se um todo harmônico”. Pelo relato de Benjamin Moraes, ficamos sabendo que no dia 10 de

o povo responde através de uma estatística esmagadora de dois terços em favor dos candidatos da Arena. Portanto, o AI-5 interpreta, realmente, o sentimento nacional. V. Exa. poderia até propor a que se colocasse o AI-5 em plebiscito nacional. Bastaria o Presidente Médici fazer um discurso em São Paulo, outro na Guanabara e o terceiro em Vitória...”. E Franco Montoro responde: “E permitir que a oposição fale”. Para a íntegra do debate, cf. *Código Penal - Histórico da Lei nº 6.016/1973* (Brasília: Congresso Nacional, 1974).

70 Na passagem pelo Ministério da Justiça, Armando Falcão foi o artífice da “lei modificadora da legislação eleitoral que barrou o acesso dos candidatos ao rádio e à televisão”, que acabou batizada Lei Falcão. A Lei Falcão foi a estratégia adotada pelo governo para conter o avanço eleitoral do MDB, pouco antes das eleições municipais de 1976.

71 MORAES, ob. cit., p. 194.



junho de 1975, no Palácio do Planalto, o Presidente Geisel, “em solenidade a que foram convocados os juristas que participaram da elaboração dos anteprojetos, e na presença das altas autoridades dos três Poderes, firmou as Mensagens ao Congresso Nacional, que acompanharam ditos Anteprojetos”. O Projeto tomou o nº 636/1975, e, no artigo de Benjamin Moraes, escrito simultaneamente a esses acontecimentos, o autor informa que a matéria estava tramitando e que seria conveniente a remessa de sugestões, que “estão em tempo de serem aproveitadas e remetidas ao Congresso, que será sensível à voz da cultura nacional”. E sonha alto: para que “tenhamos o Código Penal mais adiantado e mais perfeito do universo”<sup>72</sup>.

De fato, em junho de 1975 o Congresso recebeu a Mensagem nº 158, subscrita por Geisel e Golbery do Couto e Silva, na época Ministro Chefe do Gabinete Civil. No processo legislativo, consta o texto do projeto e da Exposição de Motivos, subscrita por Armando Falcão (escrita por Benjamin Moraes), no qual se esclarece que o projeto introduz no Código Penal – que cambaleava em sua longa tramitação – “modificações que atendem à crítica construtiva dos setores especializados e aos reclamos da ciência penal”. Não encontramos informações sobre eventuais discussões parlamentares sobre o PL 636/1975.

Nesse meio tempo, o Ministério da Justiça parece ter mudado de ideia. Em 1977, Armando Falcão encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2, destinado a alterar dispositivos do Código Penal de 1940, do Código de Processo Penal e da Lei de Contravenções Penais. Tal projeto se transformou na Lei nº 6.416/1977, que produziu alterações principalmente no campo da execução penal e que, segundo Zaffaroni e Batista, “respondia a uma pauta política criminal que os penalistas e criminólogos brasileiros discutiam intensamente desde o início dos anos setenta”<sup>73</sup>. Conforme Dotti, “a Comissão redatora do projeto foi coordenada pelo então Subprocurador da República, Francisco de Assis Toledo, e recebeu a colaboração dos Professores Armida Bergamini Miotto e Manoel Pedro Pimentel”<sup>74</sup>. Na Exposição de Motivos, Armando Falcão explica que o grupo de trabalho que constituiu – com a “finalidade de buscar eficientes soluções, a curto prazo, das mais agudas dificuldades no campo da execução penal”<sup>75</sup> – decidiu “agir sobre a legislação vigente, evitando, pois, interferência” nos demais

72 Ibidem, p. 195.

73 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, v. I, 2003. p. 479.

74 DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 360.

75 PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 534.

projetos, inclusive no Código Penal vacante. Essa medida seria útil à discussão dos demais projetos que tramitavam no Congresso e constituiria “verdadeira experiência prévia relativamente às inovações que se procura introduzir nos Códigos sob exame do Congresso Nacional”<sup>76</sup>.

Não foi o que ocorreu. O novo Código acabou abandonado diante da forma parcial do antigo. Na Mensagem nº 427 – na qual solicita a “retirada da Mensagem nº 158, [...] tendo em vista que a proposição perdeu seu objeto com a revogação do Decreto-Lei nº 1.004, pela Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978” –, o Presidente Geisel sustentou que o Código Penal de 1940, com alterações da Lei nº 6.416, estava “mais atualizado do que o vacante”.

## FONTES PRIMÁRIAS

BARBOSA, Licínio Leal. Benjamin Moraes – Traços para o perfil de sua vida e obra. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás*, 1981.

BUZALD, Alfredo. O Ministério da Justiça. *Relatório de 1969 a 1974*. Brasília, 1974.

DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *A justiça penal e a revolução*. Rio de Janeiro, 1965.

\_\_\_\_\_. *Advocacia da liberdade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. *Lei de segurança nacional: uma experiência antidemocrática*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1980.

\_\_\_\_\_. *Lições de direito penal*. Parte geral. São Paulo: Bushatski, 1976.

KUJAWSKI, Luiz de Mello. O Ministério Público de São Paulo e o novo Código Penal. *Revista Justitia*, v. 67, 1969.

LYRA, Roberto. Atualidade de minhas posições e propostas em Direito Penal e Criminologia. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 13, abr./jun. 1966.

MORAES, Benjamin. Visão panorâmica do novo Código Penal. *Revista de Informação Legislativa*, jul./set. 1970.

\_\_\_\_\_. O futuro do direito penal brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, jul./set. 1975.

PIMENTEL, Manoel Pedro. A reforma penal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1970.

REALE, Miguel. Discurso de instalação do Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal brasileiro, de autoria do Ministro Nélson Hungria. *Anais Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal brasileiro*, de autoria do Ministro Nélson Hungria, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965.

## REFERÊNCIAS

ENGELMANN, Fabiano. Diversificação no espaço jurídico das lutas pela definição do direito no Rio Grande do Sul. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, v. I, 2003.