COMENTÁRIOS
AO
CÓDIGO PENAL

NÉLSON HUNGRIA
Membro da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal.
Membro da Comissão Elaboradora dos Anteprojetos da Lei das Contravenções Penais e do Código de Processo Penal. Ministro do Supremo Tribunal Federal

RENÉ ARIEL DOTTI
Corredator dos anteprojetos da Lei n. 7.209/1984 (reforma da Parte Geral do Código Penal) e da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados (2007). Professor Titular de Direito Penal. Advogado

COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL

Dec.-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940

Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984

Volume I

Tomo I

Arts. 1º a 10

Arts. 1º a 12

6ª edição

GZ
EDITORA
Rio de Janeiro
2019

6ª edição – 2014
6ª edição – 2017 – 2ª tiragem
6ª edição – 2019 – 3ª tiragem

© Copyright
Nélson Hungria

Atualizador
René Ariel Dotti

Capa: Bruna C. Montenegro

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

H916c
6. ed.
v. I

Hungria, Nélson, 1891-1969

Comentários ao Código Penal: dec.-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984 / Nélson Hungria; René Ariel Dotti. – 6. ed. - Rio de Janeiro: LMJ, 2014.
460 p.; 24 cm.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-62027-52-9

1. Brasil. Código de processo penal militar. 2. Direito penal - Brasil. I. Dotti, René Ariel. II. Título.

14-14125

CDU: 344.3(81)

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
GZ EDITORA

e-mail: contato@editoragz.com.br
www.editoragz.com.br
Av. Erasmo Braga, 299 - sala 202 – 2º andar – Centro – Rio de Janeiro – RJ – CEP 20010-170
Tels.: (0XX21) 2240-1406 / 2240-1416 – Fax: (0XX21) 2240-1511

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

ÍNDICE SISTEMÁTICO

PRIMEIRA PARTE
Nélson Hungria

Art. 1º Anterioridade da lei 3
1. Princípio da legalidade 5
2. Evolução histórica do "nullum crimen, nulla poena sine lege" 15
3. Analogia e interpretação 34
4. Analogia "in bonam partem" 63
5. O costume 65
6. Erros da lei 65
7. Leis penais em branco 66
8. Tecnicismo jurídico-penal 66
9. Arbítrio judicial 69

Arts. 2º e 3º Lei penal no tempo – Lei excepcional ou temporária 71
10. A lei penal no tempo. Direito penal transitório 73
11. A lei nova mais favorável 77
12. "Abolitio criminis" 79
13. Mudança da natureza da pena 80
14. Pena menos rigorosa quanto ao modo de execução 80
15. Redução quantitativa da pena 81
16. Modificativos da pena 81
17. Benefícios 82
18. Causas extintivas de punibilidade 84
19. Condições de processabilidade 86
20. Causas excludentes de responsabilidade, de crime, de pena ou de culpabilidade 86
21. Penas acessórias 87
22. Exclusão de extradição 87
23. Casos duvidosos 87
24. Tempo do crime 87
25. Crimes permanentes e continuados 89
26. Leis intermédias 89
27. Leis penais em branco 90
28. Leis interpretativas ou corretivas 90
29. Medidas de segurança e direito transitório 90
30. Leis excepcionais ou temporárias 90

31. Conflito aparente de normas 95

Arts. 4º a 7º Lugar do crime – Extraterritorialidade – Pena cumprida no estrangeiro – Eficácia de sentença estrangeira 98, 99

32. A lei penal no espaço 103
33. A regra adotada pelo Código e suas exceções 105
34. Lugar do crime 106
35. Território nacional 111
36. Domínio fluvial 116
37. Domínio marítimo 116
38. Domínio aéreo 118
39. Navios e aeronaves 119
40. Imunidades diplomáticas 123
41. Convenções, tratados, regras de direito internacional 126
42. Imunidades parlamentares 127
43. Crimes cometidos no estrangeiro. Extraterritorialidade 128
44. A regra "non bis in idem" 138
45. Exequibilidade de sentença penal estrangeira 140

Arts. 8º a 10 Contagem de prazo – Frações não computáveis da pena – Legislação especial 143

46. Decurso de prazo 144
47. Frações não computáveis da pena 145
48. Legislação especial 145

SEGUNDA PARTE
René Ariel Dotti

Siglas utilizadas 149

Art. 1º Anterioridade da lei 153

Princípio da legalidade 156

§ 1º O marco constitucional 156
§ 2º O marco legal 157
§ 3º Evolução histórica do *nullum crimen, nulla poena sine lege* 157
§ 4º Tribunal de Nuremberg 159
§ 5º Elementos constitutivos da lei penal e seus destinatários 161
§ 6º Fontes da lei penal 161
§ 7º A lei escrita como única fonte de Direito Penal 162
§ 8º A proliferação de leis penais 164

§ 9º O abuso midiático da lei penal 165
§ 10. O direito penal do inimigo 167
§ 11. Analogia e interpretação 169
§ 12. Aspectos gerais da interpretação 171
§ 13. A interpretação da lei e o brocardo *in dubio pro reo* 173
§ 14. Analogia vedada 174
§ 15. Analogia admitida 175
§ 16. O costume 175
§ 17. Leis penais em branco 175
§ 18. Tipos penais abertos 176
§ 19. Concurso aparente de normas penais 177
§ 20. Critérios para resolver o conflito 179
§ 21. Medida de segurança 183
§ 22. Erros da lei 185
§ 23. Tecnicismo jurídico penal 185
§ 24. Arbítrio judicial na aplicação da pena 190
§ 25. "O juiz é o direito feito homem" 195

Demais princípios de direito penal 195

Art. 2º Lei penal no tempo 197
§ 1º O texto anterior 199
§ 2º O Código Penal de 1969 e a reforma de 1977 199
§ 3º *Abolitio criminis* 200
§ 4º Retroatividade da lei mais benigna 200
§ 5º Hipóteses de retroatividade da lei mais benigna 202
§ 6º Ultratividade da lei penal mais benigna 202
§ 7º Retroatividade e irretroatividade da jurisprudência 205
§ 8º Combinação de leis sucessivas 205
§ 9º Sucessão de leis em relação aos crimes permanentes e continuados 206
§ 10. A lei vacante mais favorável ao réu 209

Art. 3º Lei excepcional ou temporária 212
§ 1º Conceito 213
§ 2º Eficácia temporal 213

Art. 4º Tempo do crime 214
§ 1º A redação original 215

§ 2º A lei penal no tempo 216
§ 3º A teoria do Código Penal 216
§ 4º Aspectos peculiares 217
§ 5º Modalidades de crimes quanto ao momento consumativo 217

Art. 5º Territorialidade 219
§ 1º Princípio da soberania 221
§ 2º Convenções e tratados 222
§ 3º Território nacional 224
§ 4º O princípio do pavilhão (ou da bandeira) 226
§ 5º Navios e aviões públicos e privados 226
§ 6º Privilégios ou prerrogativas funcionais? 227
§ 7º Imunidades parlamentares 228
§ 8º Imunidades diplomáticas 230
§ 9º Chefe de Estado 234
§ 10. Prerrogativas processuais 234

Art. 6º Lugar do crime 235
§ 1º Omissão no texto original do Código Penal 236
§ 2º As diversas teorias sobre o assunto 237
§ 3º A competência jurisdicional 237
§ 4º Crimes à distância 238
§ 5º Crime complexo, crime permanente e crime continuado 238

Art. 7º Extraterritorialidade 239
§ 1º Extraterritorialidade 242
§ 2º Extradição 245
§ 3º Tribunal Penal Internacional 249
§ 4º Direito Internacional Penal e Direito Penal Internacional 251

Art. 8º Pena cumprida no estrangeiro 252
§ 1º *Non bis in idem* 252
§ 2º Omissão legislativa 253
§ 3º Hipóteses de graves incertezas 253
§ 4º Proibição de duplo processo pelo mesmo fato 255
§ 5º Legalização de injustiça material 255

Art. 9º Eficácia da sentença estrangeira 255

§ 1º Natureza e objetivos da norma 256
§ 2º O texto anterior 256
§ 3º Impropriedade de técnica legislativa 257
§ 4º A eficácia da sentença 257
§ 5º A homologação da sentença 257

Art. 10. Contagem de prazo 258
§ 1º Tratamentos diversos 258
§ 2º Contagem de dias, meses e anos 259
§ 3º Exemplos práticos 259
§ 4º Inaplicabilidade das Leis n. 810/49 e 1.408/51 260
§ 5º Prazos fatais e improrrogáveis 260

Art. 11. Frações não computáveis da pena 261
§ 1º Desprezo de fração 261
§ 2º Desatualização 262
§ 3º Norma de conteúdo vazio 262
§ 4º Moeda corrente 262
§ 5º Frações do dia-multa 262

Art. 12. Legislação especial 263
§ 1º Direito Penal fundamental e Direito Penal complementar 263
§ 2º A lei especial exclui a aplicação da lei geral 264
§ 3º O desenvolvimento dos microssistemas 264
§ 4º Concurso real, concurso formal e aparente de normas incriminadoras 265
§ 5º Um direito penal de ocasião 265
§ 6º A necessidade de um comando reitor 266
§ 7º A reforma do sistema penal por lei complementar 267

APÊNDICE

Nota Explicativa 271

Nélson Hungria: O Passageiro da Divina Comédia 276
A homenagem por ocasião da aposentadoria 276
A homenagem pela ocasião do centenário 276
O texto do discurso perante o Supremo Tribunal Federal 278
Hungria, o defensor de Chessmann 289
Sobre a pena de morte no Brasil 300
Clássicos da literatura 302

Novas teorias e diretrizes do direito penal 303
Novos rumos do direito penal 313
Costa e silva, penalista 325
Crítica ao Código Penal de 1890 326
Resíduos da Doutrina Medieval 328
Das penas 330
Analogia 331
Elaboração do Código Penal vigente 332
Dolo eventual 333
Preterintencionalidade 334
Responsabilidade sem culpa 336
Crime culposo 337
Erro de direito 338
Outras sugestões 339
Conclusão 342
Crime continuado 344
Teoria objetiva 344
Art. 51, § 2º, do Código Penal 347
Doutrinas alemã e italiana 347
Elemento subjetivo unitário 351
Opinião de Roberto Lyra 355
Definição e requisitos 357
Condições de tempo e de lugar 358
Maneira de execução 359
Ortotanásia ou eutanásia por omissão 361
A autoria intelectual do código penal de 1940 367
O asilo político 373
Dados biográficos 383
Reunião da Comissão Revisora do Antroprojeto de Código Penal 387
Carta de Eugênio Raúl Zaffaroni 388
Quadro da legislação comparada 389
Exposição de Motivos do CP 1940 (parcial) 393

PLANO GERAL DOS COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL 401
ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 403

NOTA DA EDITORA

O mercado de livros didáticos de Direito Penal em nosso país mostra, há vários anos, uma sensível lacuna. Embora ainda seja fonte para textos de doutrina e precedentes de jurisprudência acerca de aspectos relevantes da Parte Geral e de acesso frequente à Parte Especial do Código Penal, a obra prima de Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal* teve poucas reedições após a sua morte. Vieram novamente à estampa os volumes I (tomos I e II), IV, VI, VII e VIII.

A decisão de recuperar o projeto de republicação integral da clássica coleção constitui o maior desafio desta editora para oferecer momentos de prazer intelectual da leitura e o relevo científico da doutrina, iluminada pela vasta cultura geral do autor sobre o homem, o mundo e a vida.

Para o início da nova série, além da publicação integral e fiel do texto original de Nélson Hungria (vol. I tomo I, 4ª ed., 1958) foi convidado o Professor de Direito Penal e Advogado criminalista René Ariel Dotti, confessadamente um zeloso e fiel admirador da obra do grande mestre. Ele se ocupa da interpretação dos arts. 1º a 12 da nova Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209/1984). Em várias passagens de seu discurso proferido no Supremo Tribunal Federal (16.05.1991) em homenagem ao centenário de nascimento do príncipe dos penalistas brasileiros, o orador revela a profunda veneração pela obra imortal e seu criador e também a gratidão pelo acesso, franqueado com a palavra, aos mundos reais do delito, do delinquente e da vítima.

Corredator dos projetos que se converteram na Lei nº 7.209 e na Lei 7.210, de 1984 (reforma da Parte Geral do CP e Lei de Execução Penal), René Ariel Dotti, foi homenageado com a *Medalha Mérito Legislativo Câmara dos Deputados* pelos relevantes serviços prestados ao Poder Legislativo e ao Brasil (21.11.2007) e com a *Medalha Santo Ivo – Padroeiro dos Advogados*, concedida pelo Instituto dos Advogados Brasileiros (2011). É autor de diversas obras jurídicas, entre elas *Proteção da vida privada e liberdade de informação* (RT, 1980); *Bases e alternativas para o sistema de penas* (RT, 1998) e *Curso de Direito Penal- Parte Geral* (Thomson Reuters/RT, 5ª ed., 2012).

O projeto de republicação dos antológicos *Comentários ao Código Penal* com a sua indispensável e permanente contribuição para o aprimoramento legislativo, o debate doutrinário e a orientação da jurisprudência, tem o condão de rejeitar o vaticínio pessimista de Kirchmann: "Três palavras modificadoras do legislador convertem em lixo bibliotecas inteiras".

Guilherme Zincone

PREFÁCIO

No meu discurso proferido no Supremo Tribunal Federal (16.05.1991) em nome dos advogados brasileiros na homenagem ao centenário de nascimento do imortal *príncipe dos penalistas brasileiros* e publicado nesta edição, afirmei que "a teoria e a prática do Direito Penal, em nosso país, não conheceram expressão mais fulgurante de mestre e humanista. Nos mais diversos e longínquos mundos da realidade e da imaginação dos casos criminais, ele foi, e continua sendo, pela obra imortal, o personagem, o ator e o espectador da divina comédia da existência. Infernos, purgatórios e paraísos, todos os cenários dantescos da vida cotidiana foram exibidos e interpretados em suas lições. A imensa obra de Nélson Hungria é um dos modelos ambulantes da vida, da paixão, da morte e da ressurreição da palavra, como sagração e canto da condição humana. Se existem duas grandes classes de escritores geniais – os que pensam e os que fazem pensar –, Nélson Hungria foi o exemplo permanente e aliciante de ambas as categorias. Ele não somente pensava o universo do ser humano como protagonista da tragicomédia do delito, como também fazia e ainda faz pensar a multidão dos seus leitores: os profissionais e os estudiosos da ciência penal.

Os seus *Comentários ao Código Penal* são a reencarnação da aventura da existência humana, assim como fazem as sagradas escrituras. Com uma diferença, porém: os profetas que falam, pelas páginas de Nélson Hungria, não são os místicos que flutuam sobre a realidade, são as criaturas de carne e osso que escrevem, dirigem, interpretam e montam a representação. Os profetas do incomensurável espólio intelectual de Nélson Hungria são os réus, as vítimas, as testemunhas, os juízes, os advogados, os promotores, os peritos; todos, enfim, que reconstituem a história do delito e do delinquente."

Ao tomar posse no cargo de Desembargador no Tribunal de Apelação do Distrito Federal (Rio de Janeiro), em 16 de junho de 1944, Hungria proferiu discurso da extraordinária dimensão humana e notável acento crítico acerca da carreira que já vinha exercendo. São suas estas palavras:

> "O juiz que, para demonstração de ser a linha reta o caminho mais curto entre dois pontos, cita desde Euclides até os geômetras da quarta dimensão, acaba perdendo a crença em si mesmo e a coragem de pensar por conta própria. Dêle jamais se poderá esperar uma solução pretoriana, um milímetro de avanço na evolução do direito, o mais insignificante esfôrço de adaptação das leis. O juiz deve ter alguma coisa de pelicano. A vida é variedade infinita e nunca lhe assentam com irrepreensível justeza as roupas feitas da lei e os figurinos da doutrina. Se o juiz não dá de si, para dizer o direito em face da diversidade de cada caso, a sua justiça será a do leito de Procusto: ao invés de medir-se com os fatos, estes é que terão de medir-se com ela.
>
> Da mesma tribo do juiz técnico-apriorístico é o juiz fetichista da jurisprudência. Este é o juiz-burocrata, o juiz de fichário e catálogo, o juiz colecionador de arestos segundo a ordem alfabética dos assuntos. É o juiz que se põe genuflexo diante dos repertórios jurisprudenciais, como se fossem livros sagrados de uma religião cabalística. Para ele, a jurisprudência é o direito imutável e eterno: segreda-se dentro dela como anacoreta na sua gruta, indiferente às aventuras do mundo.

> Será inútil tentar demovê-lo os seus ângulos habituais. Contra a própria evidência do erro, ele antepõe, enfileirados cronologicamente, uma dúzia ou mais de acórdãos, e tranqüilo, sem fisgadas de consciência, repete o ominoso brocardo: error communis facit jus. À força de se impregnar de doutrina e jurisprudência, o juiz despersonaliza-se. Reduz sua função ao humilde papel de esponja, que só restitui a água que absorve. Constrói no seu espírito uma parede de apriorismos e preconceitos jurídicos que lhe tapam as janelas para a vida" (Revista Forense, agosto de 1944, p. 573.

Na mesma oportunidade, e sobre a importância da justiça e do juiz, disse o novo Desembargador:

> "A representação simbólica da justiça como deusa de olhos vendados e a concepção do juiz como impassível cegonha à beira da correnteza da vida, são idéias já inteiramente superadas. Justiça de olhos tapados é jogo de cabra- cega. Não lhe bastam ouvidos porque aquilo que os olhos não vêem, coração não sente. Por outro lado, a toga não reclama animais de sangue frio ou mutilados morais. Não se interprete ao pé da letra o tópico do Sermão da Montanha sobre a 'bem--aventurança dos mansos'. O próprio Cristo, num ímpeto de revolta, empunhou o azorrague pra expulsar os vendilhões do templo". (Ob. e loc. cit.).

Uma das muitas qualidades espirituais do príncipe dos penalistas brasileiros foi a demonstração de humildade, ao admitir a reversão de alguns de seus postulados acerca da pena de prisão. Durante os debates relativos ao tema "Orientações contemporâneas sobre a reforma dos Códigos Penais", constante da pauta das Jornadas de Derecho Penal (Buenos Aires, agosto de 1960), ele admitiu: "Também fui partidário convencido da pena-retribuição. Tenho sido, como tal, um dos autores de um Código eminentemente retribucionista que é o Código Penal brasileiro. Mas a lição, a experiência dos acontecimentos do mundo atual, levaram-me a uma revisão de pensamento. A uma revisão de raciocínio, para renegar, para repudiar, uma vez para sempre, a pena-castigo, a pena-retribuição, que de nada vale, que é de resultado ineficaz" (Jornadas de Derecho Penal, Buenos Aires, 1962, p. 88). E, materializando tal conclusão em seu Anteprojeto de Código Penal (1963), ele expressamente consignou, na rubrica do art. 35, a "função finalística das penas privativas de liberdade", com a seguinte disposição: "A pena de reclusão e a de detenção, aquela sob regime mais rigoroso que esta, são cumpridas em estabelecimentos separados ou em seções especiais do mesmo estabelecimento, e devem ser executadas de modo que exerçam sobre o condenado uma individualizada ação educacional, no sentido de sua gradativa recuperação social". Entre os relevantes textos pelos quais Nélson Hungria mostra grande sensibilidade e também a virtude dos grandes espíritos para redirecionar seu pensamento, pode-se indicar o artigo "Novos rumos de direito penal" e a conferência "Novas teorias e diretrizes de Direito Penal", divulgados no Apêndice deste volume.

Em 1977, a Forense publicou a 5ª edição dos *Comentários ao Código Penal* (vol. I, t. I, arts. 1º a 10), tendo, na primeira parte, o texto de Nélson Hungria e, na segunda, os comentários adicionais de Heleno Cláudio Fragoso. Ao adotar o mesmo critério de distribuição, a presente edição contém uma segunda parte, sob minha responsabilidade, ao analisar as disposições dos arts. 1º a 12 do Código Penal, com a reforma determinada pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, que alterou a Parte Geral do diploma. A presente publicação mantém absoluta fidelidade ao texto da 4ª edição (1958). Inserir, de contrabando, qualquer palavra àqueles antológicos *Comentários* equivaleria a sobrepor uma nota marginal em partitura de Mozart.

Prefácio

Este projeto de recuperação da clássica obra somente foi possível graças ao empenho de algumas pessoas que fizeram da esperança uma realidade: Clemente Hungria, o filho dedicado, que cumpre o mandamento bíblico de honrar o pai e guardar com zelo sua memória e sua obra; Regina Bilac Pinto, diretora da Revista Forense, ao conceber o projeto de reedição, e Guilherme Zincone, que não mediu esforços para levar a bom termo este empreendimento como contribuição notável para a literatura jurídico-penal de nosso país.

Ao aceitar o desafio para compor a segunda parte dos *Comentários*, o fiz sob a inspiração do mestre imortal – referência de meus tempos de estudante, de advogado e de professor – e o compromisso de bem interpretar as disposições da lei de reforma da Parte Geral do Código Penal, na lembrança imperecível de Francisco de Assis Toledo, o lúcido e competente coordenador da mudança.

O paciente leitor compreenderá que o pensamento e a lição de Nélson Hungria constituíram vigoroso manancial para a elaboração dos movimentos de reforma do Código Penal de 1940, abarcando o Código Penal de 1969, a Lei n. 6.016/1973 e a própria Lei n. 7.209/1984. A bibliografia indicada após cada dispositivo dos *Comentários* sob minha responsabilidade presta homenagem não somente aos autores estrangeiros, mas, em especial, à geração de atuais doutrinadores brasileiros que também ganharam prestígio intelectual servindo-se da mesma fonte.

Agradeço aos meus colegas de escritório por dispensarem-me durante algum tempo das tarefas rotineiras para cuidar deste honroso e prazeroso trabalho. E, em especial, sou muito grato à Doutora Claudia Penovich e à bibliotecária Mônica Catani, pelos detalhes da montagem desta edição.

Curitiba, 1º de agosto de 2013.

René Ariel Dotti