

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
Nelson 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, Nelson, 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 / Nelson 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	
<i>Siglas utilizadas.....</i>	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 <i>nullum crimen, nulla poena sine lege</i>	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 <i>in dubio pro reo</i>	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 <i>Abolitio criminis</i>	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 Extradicação	245
§ 3º Tribunal Penal Internacional.....	249
§ 4º Direito Internacional Penal e Direito Penal Internacional.....	251
Art. 8º Pena cumprida no estrangeiro	252
§ 1º <i>Non bis in idem</i>	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 microsistemas	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 sacração 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 esforço 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 Néelson 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 Néelson 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.

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 Néelson 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