

Homenagem a Nelson Hungria

RENÉ ARIEL DOTY

Professor Titular de Direito Penal, Advogado

Os advogados brasileiros comparecem a esta solene audiência para prestar também o seu depoimento de apreço e admiração pela vida e obra de NELSON HUNGRIA HOFFBAUER. Não porém, na condição de simples testemunhas ou meros espectadores deste processo de restauração parcial da memória jurídico-penal. Comparecem como qualificados e antigos habitantes das moradias da sensibilidade, do talento, do vigor e da esperança que ao longo de sua vida construiu NELSON HUNGRIA através de seus iluminados e antológicos textos.

A teoria e a prática do direito criminal 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 esculpidos e interpretados em suas lições.

* Parte do discurso proferido na sessão solene de homenagem ao centenário do nascimento de NELSON HUNGRIA (Supremo Tribunal Federal, 5 de junho de 1991) e ao qual se acrescentaram notas.

A imensa obra de NELSON 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 —, NELSON 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 pensar a grande multidão de seus leitores: os profissionais e os estudiosos do Direito Penal.

Os seus *Comentários ao Código Penal* constituem a reencenação da aventura da existência, assim como o fizeram as sagradas escrituras. Com uma diferença, porém: os profetas que falam através das páginas de NELSON 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 da vida. Os profetas do incomensurável espólio intelectual de NELSON HUNGRIA são os réus, as vítimas, as testemunhas, os juízes, os advogados, os promotores, os peritos, todos, enfim, que fazem e reconstituem a história do delito e do delinqüente e decidem em nome da consciência e da lei.

Os profissionais do Direito Criminal, especialmente os professores e alunos, sabem que as lições de NELSON HUNGRIA constituem a melhor e a mais informada síntese dos estágios do Direito Penal brasileiro ao longo de sua formação histórica, a partir do tempo da colonização.

Desde o ano de 1933, quando obteve a livre-docência na antiga Faculdade Nacional de Direito, com a sua primeira obra publicada (*Fraude Penal*¹), e até os dias presentes, NELSON HUNGRIA é o combativo advogado, o aguerrido acusador e o empolgado árbitro das doutrinas em transição, principalmente aquelas já desgastadas no Velho Mundo — como o positivismo criminológico do final do século passado — mas aqui assumidas

1 Segundo refere CID FLAQUER SCARTEZINI, em texto biográfico, a imensa obra jurídica de NELSON HUNGRIA alcança "sem qualquer exagero" o número superior a 20.000 (vinte mil) escritos entre artigos jornalísticos, discursos, monografias, ensaios, conferências, sentenças, votos, acórdãos, arrazoados, pareceres e livros (*Nelson Hungria: o homem e o jurista*, discurso de posse na Academia Paulista de Direito, em 23 de setembro de 1974, homenageando o patrono da Cadeira nº 18).

pelos *novos cristãos*. Àqueles tradutores de idéias superadas, como pintores de *naturezas mortas*, NELSON HUNGRIA destinava a imagem crítica muito sugestiva: “Enquanto a Europa faz fogo, o Brasil arde em fumaça”².

Ele foi o líder intelectual da comissão encarregada de redigir o Código Penal de 1940³ e o seu grande arquiteto, não obstante o crédito concedido a Alcântara Machado, autor do projeto que serviu de base aos trabalhos da Comissão⁴. Declarou que o projeto Alcântara Machado estava para o Código Penal assim como o projeto Clóvis Bevilacqua esteve para o Código Civil⁵.

E na defesa do Código Penal, NELSON HUNGRIA proferiu conferências e redigiu textos, no início dos anos 40, que iluminaram o roteiro histórico das idéias e dos movimentos difundidos nos vinte e cinco anos anteriores. Referindo-se à bibliografia daquele tempo, NELSON HUNGRIA afirmou ser “escassa, enfezada e carrasquenha. Apenas arranhava a epiderme da lídima ciência penal cujo estudo, por isso mesmo, tornava-se desinteressante e tedioso”⁶.

2 Esta comparação foi também apresentada sob outra forma: “Já não emitimos fumaça quando a Europa acendia fogo” (“A evolução do Direito Penal brasileiro nos últimos 25 anos”, em *Novas questões jurídico-penais*, Editora Nacional de Direito Ltda., Rio de Janeiro, 1945, p. 25). Outra saborosa crítica à importação servil de idéias e teorias, se contém no trecho do artigo “Ortotanásia ou eutanásia por omissão”, nos seguintes termos: “Mercê de Deus que no Brasil, à parte uma irrequieta e ínfima minoria de camelots a apregoar o súbito mérito de idéias extravagantes, só porque trazem o cachet de novidade e da procedência européia, não há clima para o ceticismo que avassala a mentalidade do Velho Mundo” (*Comentários ao Código Penal*, (Apêndice), ed. Forense, Rio de Janeiro, 1977, vol. I, tomo I, p. 349).

3 Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Além de NELSON HUNGRIA, integraram a Comissão VIEIRA BRAGA, ROBERTO LYRA e NARCELIO DE QUEIROZ. Colaborou na redação final do projeto, ABGAR RENAULT. No epílogo da Exposição de Motivos do projeto, assinada pelo Ministro FRANCISCO CAMPOS, é feita a recomendação especial dos mencionados membros da Comissão e também de ALCANTARA MACHADO e ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA.

4 *Projeto do Código Criminal Brasileiro*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1938. Em 15 de maio de 1938, estava pronta a parte geral, contendo 131 artigos. A parte especial, com 259 artigos, foi publicada em 11 de agosto daquele ano.

5 “A autoria intelectual do Código de 1940”, em *Comentários ao Código Penal* (Apêndice), ed. Forense, Rio de Janeiro, 1958, vol. I, tomo I, p. 210. Este artigo foi reproduzido na 5ª edição dos *Comentários*, 1977, pp. 350 e s.

6 “A evolução do Direito Penal brasileiro nos últimos 25 anos”, conferência realizada na Faculdade de Direito de São Paulo e publicada em *Novas questões jurídico-penais*, cit., pp. 17, 18.

Ressalvando exceções marcantes como as contribuições de Galdino Siqueira⁷, Antonio José da Costa e Silva⁸, José Hygino Duarte Pereira⁹ e outros mais¹⁰, referia-se à época dos *anotadores* do Código Penal em torno dos quais Emeraldino Bandeira escrevia, “molhando a pena em vinagre”, que não faziam avançar um passo na evolução da ciência jurídica e estavam para esta como certos indivíduos para a indústria nacional: “Mandam vir do estrangeiro um por um dos elementos que compõem

7 A propósito do *Direito Penal Brasileiro*, de GALDINO SIQUEIRA, cuja primeira parte foi publicada em 1921, NELSON HUNGRIA dirigiu as seguintes palavras: “Foi um acontecimento verdadeiramente notável. Tínhamos, afinal, escrita com mão de mestre, uma exposição clara e reconstrutiva do nosso direito penal positivo, interpretado dentro do raciocínio lógico-jurídico, retraçado nas suas fontes e no seu desenvolvimento histórico, coordenado nos seus princípios e corolários, exaustivamente comentado à luz da doutrina e jurisprudência modernas. Foi como se tivéssemos subido a um alcantil, descortinando a vastidão da paisagem circundante, divisando sítios nunca dantes percebidos, perscrutando toda a dilatada sucessão dos acidentes geográficos. Através do livro de Galdino, o Código de 90, que tão injustamente fora chamado ‘o pior Código Penal do mundo’, aparecia-nos sob aspectos novos, reabilitado de muitas acusações que lhe faziam, explicado nos seus pontos obscuros ou incompreendidos, reintegrado no verdadeiro sentido dos seus dispositivos, cientificamente reajustado ao seu sistema orgânico e habilmente remoçado por uma exegese adaptativa” (...) (“A evolução do Direito Penal brasileiro”, cit. pp. 18, 19). A segunda parte do *Direito Penal*, tratando da parte especial do Código Penal de 1890, veio a lume em 1924, edição de Jacintho Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro.

8 *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, Companhia Editora Nacional, São Paulo, vol. I publicado em 1930 e vol. II editado em 1938. A propósito, disse HUNGRIA: “Foi por essa época que Antonio José da Costa e Silva, então Ministro do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicou, para glória e orgulho da nossa cultura jurídica, o primeiro volume do seu ‘Código Penal’ (1930). Dir-se-lia que atingiríamos o ponto culminante de gradativa ascensão. Pela fiel informação doutrinária, pela riqueza e solidês de ensinamentos, perfeição técnica, concisão e clareza de estilo, esse livro foi, e continua sendo, a obra máxima do direito penal brasileiro. Atualizou conhecimentos, devassou distâncias, retificou caminhos, fixou certezas diretrizes” (...) (“A evolução do Direito Penal brasileiro”, cit., p. 24).

9 Existe unanimidade entre os estudiosos no sentido de que a tradução e os comentários de JOSÉ HYGINO DUARTE PEREIRA ao *Tratado de Direito Penal Alemão*, de FRANZ VON LISZT (F. Briguet G & C Editores, Rio de Janeiro, 1899), constitui uma das mais importantes obras da literatura jurídico-penal brasileira. O prefácio do tradutor é, sem sombra de dúvida, um dos mais lúcidos e eruditos textos onde a qualidade da forma e a riqueza do conteúdo completam-se magistralmente.

10 Não sendo injusto para com seus contemporâneos, NELSON HUNGRIA refere-se a “sérios estudos, consubstanciados em livros e monografias. Toda uma plêiade de autores novos, em concorrência com os já consagrados, surgia na liza”. E destaca alguns nomes como: LEMOS SOBRINHO, OSMAN LOUREIRO, PEDRO VERGARA, LEMOS BRITO, MONIZ SODRÉ, RAUL MACHADO, VICENTE DE AZEVEDO, ARY FRANCO, ROBERTO LYRA, BASILEU GARCIA, NOÉ AZEVEDO, SOARES DE MELLO, CANDIDO MOTTA FILHO, ATALIBA NOGUEIRA, ALOÍSIO DE CARVALHO, NARCELIO DE QUEIROZ, DEMOSTENES MADUREIRA DE PINHO, JORGE SEVERIANO, MAGALHÃES DRUMOND, JOSÉ DUARTE, ANIBAL BRUNO, OSCAR STEVENSON e outros (“A evolução do Direito Penal brasileiro nos últimos 25 anos”, cit., p. 25).

determinado produto, inclusive o invólucro. Reúnem e colam estes elementos e, metendo-os no invólucro referido, os expõem à venda como produto nacional. *Mutatis mutandis*, é o que praticam aqueles anotadores. Apanham aqui e recortam ali as lições de uns juristas e as decisões de uns tribunais, reúnem e colam tudo isso e metem depois num livro, que fazem publicar. Põe na lombada o seu nome de *autor*, e nesse nome circula e é citado o livro”¹¹.

Ainda analisando a produção jurídico-penal daqueles “últimos vinte e cinco anos”, isto é, de 1918 a 1943, o príncipe dos criminalistas brasileiros mandou *chumbo grosso* contra a jurisprudência que “não voava mais longe que um curiango. Salvo um ou outro julgado de maior fôlego, limitava-se à obsedante enunciação de algumas regrinhas, de contestável acerto, mas que, à força de se repetirem, haviam adquirido o cunho de verdades axiomáticas”¹².

As expressões e as imagens com as quais NELSON HUNGRIA cunhava pessoas, atitudes e situações, compõem um repertório saboroso da literatura brasileira e justificariam, por si sós, o seu assento na mais importante Academia de Letras.

Com efeito, a propósito da *Consolidação das Leis Penais*, que o Desembargador Vicente Piragibe editou em 1932, disse tratar-se de obra feita com “paciência beneditina e habilidade de um mosaísta”¹³. Sobre a Antropologia, que na formação e desenvolvimento do positivismo criminológico assumiu a condição de grande estrela a partir do universo desvendado por Lombroso, Ferri e Garófalo, o nosso feroz crítico afirmou ser ela “o ramo seco da ciência”¹⁴.

Não era de se estranhar tal adjetivação partindo de quem já aos sete anos de idade, uma criança portanto, fundou o semanário *A vespa*, com o qual, certamente, ferreteava os dissidentes e antagonistas de seus pensamentos e seus desejos.

A virtude e o talento de crítico acompanharam-no durante toda a vida intelectual. Advogou a causa da validade científica do Código Penal

11 *A evolução do Direito Penal nos últimos 25 anos*, cit., p. 18.

12 *Idem*, *ibidem*.

13 *Idem*, p. 24.

14 “Acontece, entretanto, que com estes meus ângulos de vista não se conforma o conhecido professor e meu particular amigo Dr. LEONÍDIO RIBEIRO, que se especializou, entre nós, no estudo desse ramo seco da ciência que se chama antropologia criminal” (“O Código Penal e as novas teorias criminológicas”, em *Novas questões jurídico-penais*, cit., p. 61).

de 1890, "o caluniado Código de 90" (que) "fora metamorfoseado pela espetacular e profusa oratória criminal, desorientadora da justiça ministrada pelos juízes de fato, num espantelho ridiculamente desacreditado"¹⁵.

Possuído da "ira santa" vituperou contra o *passionalismo* sanguíneo que andava à solta, licenciado sob a estapafúrdia rubrica da privação dos sentidos" (...) "A literatura psiquiátrica a lobrigar o *patologismo* nas mais fugidias discordâncias de conduta, era piamente acreditada e abria a porta da prisão a uma privilegiada chusma de sicários e rapinantes"¹⁶.

Ninguém melhor que HUNGRIA definiu o homicídio como "o ponto culminante na orografia dos crimes"¹⁷. Comentando o delito de sedução, disse que "a promessa feita no momento erótico, com a voz empastada da libido estuante", ia muito além da promessa do anel de casamento. Se a ofendida pedisse, o agente lhe prometeria o "anel ... de Saturno"¹⁸.

A alguns jovens penalistas que divergiam de aspectos de seu Anteprojeto de Código Penal, editado em 1963, disse que a crítica nada mais refletia "que sua adesão aos 'aranhóis' em que se compraz o doutrinismo jurídico-penal dos mais recentes autores alemães"¹⁹.

15 *A evolução do Direito Penal brasileiro nos últimos 25 anos*, cit., p. 17. E prossegue com veemência: "Foi o período áureo do *passionalismo sanguíneo*, que andava à solta, licenciado sob a estapafúrdia rubrica de 'privação dos sentidos'. As teorias revolucionárias da chamada 'nova escola penal' difundidas à la diable, mal compreendidas ou tendenciosamente utilizadas, eram a moeda que, embora sem autorização legal, mas sob o pretexto de deplorável atraso (*sic*) da nossa lei escrita, livremente circulava nos recintos do tribunal de jurados".

16 *A evolução do Direito Penal brasileiro nos últimos 25 anos*, cit., p. 17.

17 *Comentários ao Código Penal*, ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1965, vol. V, p. 26.

18 *Comentários ao Código Penal*, ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1966, vol. VIII, p. 173. A ironia foi também uma das virtudes com as quais NELSON HUNGRIA desarmava opositores, persuadia espíritos em dúvida ou comentava os casos de rotina. Após examinar os aspectos da violência e da grave ameaça no estupro e concluir que, de modo geral "um só homem, sem outro recurso que as próprias forças, não conseguirá, ao mesmo tempo, tolher os movimentos defensivos da vítima (sendo esta mulher adulta, normal e sã) e possuí-la sexualmente", arrematou com esta *pérola de humor*: "Conta-se de um juiz que, ao ouvir de uma pseudoestuprada que o acusado, para conter-lhe os movimentos de defesa, se servira, durante todo o tempo, de ambas as mãos, indagou: 'Mas quem foi que conduziu o *ceguinho*?' E a queixosa não soube como responder ..." (*Comentários ao Código Penal*, vol. VIII, cit., p. 123).

19 "Em torno ao anteprojeto do Código Penal", em *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 5 (abril-Junho, de 1963), p. 7.

NELSON HUNGRIA sempre advogou a causa da dignidade do Direito Penal como ciência a salvo do que ele chamava de “capilarismo de conceitos e critérios, numa infundável, miúda e árdua análise dos versículos da lei”²⁰.

A guerra decretada no início dos anos 40 contra o extravio de método diante da confusão de conceitos e objetivos entre o Direito Penal e as ciências afins, não teve trégua nas décadas seguintes. A legislação nova tinha “mandado para o limbo as denominadas ciências criminológicas”,²¹ razão pela qual não mais poderiam ser reconhecidas como ciências penais.

Em célebre conferência no ano de 1942, concitou os juizes, promotores, advogados, professores e demais estudiosos da ciência penal a pugnam pela “nossa doutrina de Monróe: o direito penal é para os juristas, exclusivamente para os juristas. A qualquer indébita intromissão em nosso *lebensraum*, em nosso indeclinável *espaço vital*, façamos ressoar, em toque de rebate, os nossos tambores e clarins”²².

Continuam fortes em nossa memória e em nossos corações de enamorados do direito e da justiça criminais, as suas adamantinas palavras: “Ciência penal não é só a interpretação histórica da lei, mas, antes de tudo e acima de tudo, a revelação do seu *espírito* e a compreensão de seu *escopo*,

20 “Direito Penal e Criminologia”, em *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 1 (abril-junho, de 1963), p. 5. Do mesmo artigo é esta eloqüente declaração de amor à verdadeira ciência do Direito Penal: “Precisamos de defender a ciência penal debruçada sobre o agitado cenário da vida, a identificar os fatos na sua flagrância, na sua caleidoscópica realidade, e não adstrita aos ápices de acrisolado jurismo, que, por amor a si mesmo, procura entestar com as estrelas. Precisamos de reivindicar o direito penal como direito que deriva de almas para almas, de consciências para consciências, de homens para homens. Precisamos de rastrear o direito penal como direito destinado, não a um homem convencional, mas ao homem de carne e espírito, ao *homem nascido da mulher*, ao homem tal qual é, por vezes com o demônio no sangue, mas, afinal, sempre homem, e sempre com a possível recuperação de si mesmo, na plasticidade da sua natureza e na virtude prodigiosa de seu autodeterminismo (...). O direito penal que deve ser aprendido e aplicado não é o que se contenta com o eruditismo e impecável elegância da construção teórica, mas o que, de preferência, busca encontrar-se com a vida e com o homem, para o conhecimento de todas as fraquezas e misérias, de todas as infâmias e putrilagens, de todas as cóleras e negações, e para a tentativa, jamais desesperada, de contê-las e corrigi-las na medida da justiça e assistência sociais” (p. 7).

21 “Introdução à ciência penal”, em *Novas questões jurídico-penais*, cit., p. 15. No mesmo rumo o texto da conferência “O Código Penal e as novas teorias criminológicas”, em *Novas questões*, cit., p. 49 e s.

22 “Introdução à ciência penal”, em *Novas questões*, cit., p. 15.

para ajustá-la a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida. O crime não é somente uma abstrata noção jurídica, mas um fato do mundo sensível e o criminoso não é um "modelo de fábrica", mas um trecho flagrante de humanidade. A ciência que estuda e sistematiza o direito penal não pode fazer-se cega à realidade, sob pena de degradar-se num formalismo vazio, numa platitude obsedante de mapa mural de geometria. Ao invés de librar-se aos pináculos da dogmática, tem de vir para o chão do átrio onde ecoa o rumor das ruas, o vozerio da multidão, o estrépito da vida, o fragor do mundo, o bravido da tragédia humana. Não pode alçar-se às nuvens, no rumo do céu, pois tem de estar presente ao entrevero dos homens, ao dantesco tumulto humano de *diverse lingua / orribili favelle / Parole di dolore, accenti d'ira / Voci alte, e fioche, e suon de man con elle*"²³.

Esta marcante passagem lembra os caminhos da esperança e da angústia sintetizados de forma lapidar na poesia de Oscar Wilde: "Lancei minh'alma ao espaço / A procura de um bem sempiterno / E quando ela a mim tornou / Trouxe um pouco do céu e um pouco de inferno".

A causa da autonomia do Direito Penal relativamente aos institutos e métodos de Direito Civil nos proporcionou outro inesquecível texto, pronunciado em 1949: "Os pandectistas do Direito Penal". E salienta que na sua demasiada reação contra a escola antropológica ou positiva, o movimento vitorioso do tecnicismo jurídico-penal não vacilou em tomar de empréstimo os processos e os critérios da dogmática do Direito Civil. As teorias penais foram assimiladas aos institutos civilísticos como a teoria das obrigações. Ele proclamou que "o direito penal contemporâneo perdeu a luminosidade de sol mediterrâneo com o que ensinava Carrara, o excelso e imortal professor da Universidade de Pisa" (. . .) "Foi deplorável a transfusão de sangue que o direito penal recebeu, sem necessidade alguma, do direito civil"²⁴.

A inflação de leis penais dos últimos anos, e em especial no campo econômico-financeiro, caracteriza um *novo direito penal do terror*. Não po-

23 "Introdução à ciência penal", em *Novas questões*, cit., pp. 6 e 7.

24 Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais e publicada nos *Comentários ao Código Penal* (Apêndice), ed. Forense, Rio de Janeiro, 1958, vol. I, tomo II, pp. 443 e s. e, especialmente, p. 24. O texto foi republicado na 5ª edição (1978) da mesma obra, atualizada por HELENO CLAUDIO FRAGOSO, pp. 443 e s.

dendo mais recair contra os hereges e os dessidentes políticos como antigamente, dirige-se agora contra os intérpretes e aplicadores da lei. Reagindo a essa babélica produção, o pranteado HUNGRIA certamente iria repetir que: "o prurido legiferante no Brasil é coceira de urticária"²⁵.

No final dos anos 50, NELSON HUNGRIA liderou uma histórica campanha contra a pena de morte, conclamando à revisão da sentença que condenara Caryl Chessman a morrer na câmara de gás, no Estado da Califórnia.

O movimento abolicionista não impediu a consumação do *homicídio legal*. Mas reafirmou as virtudes de humanidade e esperança do grande criminalista que sempre foi contrário à pena capital. A propósito, merecem releitura seus trabalhos editados no Brasil²⁶ e em Portugal, este referente ao colóquio do centenário da abolição da pena capital naquele país²⁷.

No momento em que um projeto de lei flagrantemente inconstitucional tramita no Congresso Nacional visando implantar a pena de morte em tempo de paz e aguardando contar com a cumplicidade de um plebiscito alimentado pelo *discurso político do crime*, o exemplo do Mestre deve ser retomado.

Nos seus últimos anos de vida física, o nosso homenageado retornou ao exercício viril da advocacia. Recebeu inúmeras homenagens de apreço,

25 "A nova lei de imprensa", em *Comentários ao Código Penal* (Apêndice), ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1955, vol. VI, p. 269.

26 "Sobre a pena de morte", Conferência pronunciada na Faculdade de Direito de Belo Horizonte, em 26 de maio de 1951, publicada nos *Comentários ao Código Penal* (Apêndice), ed. Forense, Rio de Janeiro, 1958, vol. I, tomo II, pp. 459 e s. e republicada no vol. III, edição de 1959 e no vol. I, tomo II, de 1978, atualizada por HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, pp. 459 e s.; "A pena de morte e as medidas de segurança". Muitas outras conferências, teses e artigos foram divulgados nos apêndices dos *Comentários ao Código Penal*. Vale referir, pela ordem, os textos que ainda não foram mencionados. Vol. I, tomo I (1958): "Direito Penal comparado: histórico, objeto e finalidade" e "Asilo político", republicadas na mesma obra, edição de 1977. Vol. I, tomo II (1958): "Um novo conceito de culpabilidade", republicado na mesma obra, edição de 1978. Vol. III (1959): "A criminalidade dos homens de cor no Brasil"; "A emasculação como medida de segurança"; "Criminosos habituais"; "Métodos e critérios para avaliação da cessação de periculosidade"; "O acaso e o crime" e "Classificação dos criminosos". Vol. V (1955): "O arbítrio judicial na medida da pena" e "Ainda sobre a aplicação da pena". Vol. VI (1955): "A legítima defesa putativa em face do novo Código Penal"; "Da responsabilidade penal"; "Ainda sobre a aplicação da pena — Carta a um magistrado" e "O crime de genocídio".

27 "A pena de morte no Brasil", em *Pena de morte*, edição Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967, vol. II, pp. 173 e s.

inclusive a láurea de uma coletânea em seu nome e com a doutrina de notáveis escritores²⁸.

Foi o tempo de várias reconciliações. Com a Criminologia — por exemplo e em termos — porquanto os criminólogos “afinal se deixaram possuir da *dúvida metódica* ou *dúvida cartesiana* e, com renovado espírito, reviram suas próprias idéias programáticas²⁹. Revisou, parcialmente, a

28 *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Néelson Hungria*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1962. Escreveram para a coletânea: LUIS JIMENEZ DE ASUA, “La ‘ceguera jurídica’ y el remanente imputable en el error de prohibición”; OSCAR STEVENSON, “Concurso aparente de normas penais”; ANIBAL BRUNO, “Sobre o tipo no Direito Penal”; JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, “O conceito ético-jurídico da responsabilidade penal — Valor deste conceito — Deverá manter-se ou pôr-se de parte?” GIUSEPPE BETTIOL, “Em tema de relações entre a política e o Direito Penal”; REINHART MAURACH, “Os caminhos do Direito Penal alemão ao projeto de 1960”; FRANCISCO P. LAPLaza, “Beocaria y la cultura italiana del setecientos”; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Encerramento da formação da culpa no processo penal do Júri”; NOÉ AZEVEDO, “A repressão penal da usura”; HELENO CLAUDIO FRAGOSO, “Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade”; JORGE ALBERTO ROMEIRO, “A noite no Direito e no Processo Penal”; DARCI ARRUDA MIRANDA, “O crime de aborto”; E. MACALHAES NORONHA, “Questões acerca da tentativa”; JOAO BERNARDINO GONZAGA, “Crimes comissivos por omissão”; BENJAMIM MORAIS, “O delito de contrabando”; ROBERTO LYRA FILHO, “A classificação das infrações penais pela autoridade policial”; F. M. XAVIER DE ALBUQUERQUE, “Conceito de mérito no Direito Processual Penal”; ROMEU PIRES DE CAMPOS, “O interrogatório do acusado e o princípio da verdade real”; ODIN AMERICANO, “Da culpabilidade normativa”; ALIPIO SILVEIRA, “A sentença indeterminada nos Estados Unidos”; EVERARDO DA CUNHA LUNA, “A personalidade do criminoso e a caracterologia de Heymans e Wiersma”; LAERTES M. MUNHOZ, “A imputabilidade e o princípio psiquiátrico-psicológico jurídico”; GEBER MOREIRA, “A pena de morte nas legislações antigas e modernas”; ANTENOR BOGÉA, “Do concurso de agentes na suposta criminalidade animal” e J. A. CESAR SALGADO, “A sobrevivência do Direito”.

29 “Direito Penal e Criminologia”, cit., p. 14. Vale transcrever o contexto de seu pensamento: “Abolido, enfim, da parte dos juristas e criminólogos, o fanatismo que impedia quaisquer entendimentos, arrefeceu a recíproca intolerância ou idiosincrasia entre o direito penal e a criminologia. A ciência do direito penal, que por tanto tempo recalçitrara em não reconhecer o alcance das novas indagações experimentais no campo da criminologia, acabou por endossar as menos incertas ou menos contestáveis, no mesmo passo que a criminologia, por sua vez, acedeu e, admitiu, até certo limite, o fundamento básico do direito penal, que é a culpabilidade moral. Desapareceram os dogmatismos e apriorismos de ambas as partes. Os criminólogos afinal se deixaram possuir da *dúvida metódica* ou *dúvida cartesiana* e, com renovado espírito, reviram suas próprias idéias programáticas, para admitirem uma possível solução de continuidade entre os fenômenos psicológicos, pela presença e ação de fatores que rompem o binômio “causa e efeito”. De sua banda, os juristas convieram em aceitar muitas das conclusões e sugestões dos criminólogos, sobrevivendo um direito penal em que, entrosado com o *juízo de culpabilidade moral*, adquiriu subido e renovado relevo o estudo ou conhecimento da personalidade do delinqüente, em cuja estruturação se reconhece que coopera, de par com os fatores orgânicos e ambientais a vontade livre e ativa, não alheada aos valores morais como “motivos de consciência”. (*Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 1, cit. pp. 14 e 15).

sentença de maldição lançada contra o Júri³⁰, admitindo a grandeza dos debates do tribunal popular³¹. Mudou o *eixo de rotação* de seu pensamento sobre a pena retributiva, reconhecendo expressamente em seu anteprojeto a necessidade da função ressocializadora do delinqüente³². Em mag-

30 Em inúmeras ocasiões, NELSON HUNGRIA se rebelou contra a instituição do Júri, basicamente pela sujeição dos jurados ao poder do *coronelismo* como fenômeno político e social das cidades menores. No artigo "A justiça dos jurados" (*Revista Forense*, 1956, vol. 166) qualifica o tribunal popular como "o culto da incompetência", e que pratica uma "justiça de vispora, justiça de roleta, justiça de loteria".

31 Apesar do vigor da crítica, nunca porém o sensível e talentoso penalista deixou de admirar o *torneio de inteligência* em que se envolvem acusadores e defensores. Na carta-prefácio ao livro editado por CARLOS DE ARAÚJO LIMA, *Os grandes processos do Júri*, essa admiração é confessada: "Talento, erudição, habilidade de expressão, tudo se conjuga para o realce dos debates de que V. nos dá notícia. Há ali cintilações de espírito que obrigam a gente a reler, uma e outra vez, os trechos que as contêm... O seu livro vem desvelar o segredo da *encruzilhada de dúvidas* a que são comumente levados os juizes de fato (...). E como vocês do *barreau* conseguem tirar de vulgares *pedras no meio do caminho* sonoridade e reflexos de cristal! Sinto-me tão envaidecido com isso que quase chego a me reconciliar com o tribunal do povo..." (Ed. Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1955, vol. II p. 7).

32 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), NELSON HUNGRIA 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 do 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 ao redigir o art. 35 de seu anteprojeto de Código Penal (1963), NELSON HUNGRIA expressamente consignou na rubrica a "Função finalística das penas privativas de liberdade". O texto do mencionado dispositivo é o seguinte: "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".

níficos artigos doutrinários repensou dogmas e convicções³³ e demonstrou grandes preocupações com a tragédia carcerária³⁴.

A esse notável e imortal defensor de grandes causas humanitárias, a esse inquebrantável patrono de idéias, os advogados brasileiros, sob a lúcida e sensível orientação do *Battonier* Marcello Lavenère Machado prestam a homenagem de sua perene gratidão. Esta homenagem é extensiva à sua digníssima família, neste ato representada pelo ilustre colega Doutor Clemente Hungria.

NELSON HUNGRIA viveu com dignidade soberana as provações da dúvida e o processo de contradição do ser humano.

Valem, para ele, as palavras de Franz Von Liszt:

“Há pessoas que só conhecem tese e antítese, corpo e alma, natureza e espírito, realidade e valor, poder e dever, ou como quer que lhe chamem. Elas podem gabar-se do seu método puro, dos seus conceitos claros, da sua argumentação segura. Pelo contrário, aquele que, para além das antinomias procura, tateando, a unidade superior, não tem nenhum guia a protegê-lo contra passos errados. Mas só ele pode esperar que uma hora feliz lhe abra caminho para o ponto alto, do qual, na síntese criadora de uma concepção unitária do mundo se superem todas as antinomias”³⁵.

Afinal, como disse muito bem a sabedoria romântica de Alvaro Moreira:

“Há o determinismo. Há o livre arbítrio. Não há nada e há de tudo. A questão é não ter pressa”³⁶.

33 Entre os textos através dos quais o ilustre homenageado revela grande sensibilidade — e também a *humildade dos grandes espíritos* — para rever seu pensamento, pode-se indicar o artigo “Novos rumos de Direito Penal” e a conferência “Novas teorias e diretrizes de Direito Penal”, publicados, respectivamente, na *Revista Forense*, vol. 198, de 1962, p. 21 e s.; vol. 222, de 1968, p. 26 e s. e nos *Comentários do Código Penal*, cit., edição de 1977, vol. I, tomo I, pp. 284 e s. e 271 e s.

34 Ao invés da pena limitada ao seu sentido etimológico, ou da pena-castigo, ou como exclusivo mandamento de justiça ou como imperativo categórico, ou com fundamento em transcendentais razões filosóficas, o que presentemente se preconiza é a pena como meio e instrumento de utilidade social, atendendo, acima de tudo, ao fim prático de tentar, na medida do possível, a ressocialização do delinqüente, pelos meios educativos indicados pela experiência. A recuperação social do criminoso, de simples epifenômeno, passa a ser o preponderante, o precípua escopo da pena. Não mais, entre as paredes da prisão, o drama de sofrimento de um culpado, por antecipação do Inferno, mas o edificante espetáculo de resgate e salvação de um ser humano” (“Novos rumos do Direito Penal”, cit., p. 21).

35 FRANZ VON LISZT, citado por EDUARDO CORREIA em *A influência de Franz V. Liszt sobre a reforma penal portuguesa*, Coimbra, 1971, p. 37, nota nº 5.

36 *As amargas, não... Lembranças*, ed. Instituto Estadual do Livro, Porto Alegre, 1969, p. 372.