

Direito Penal

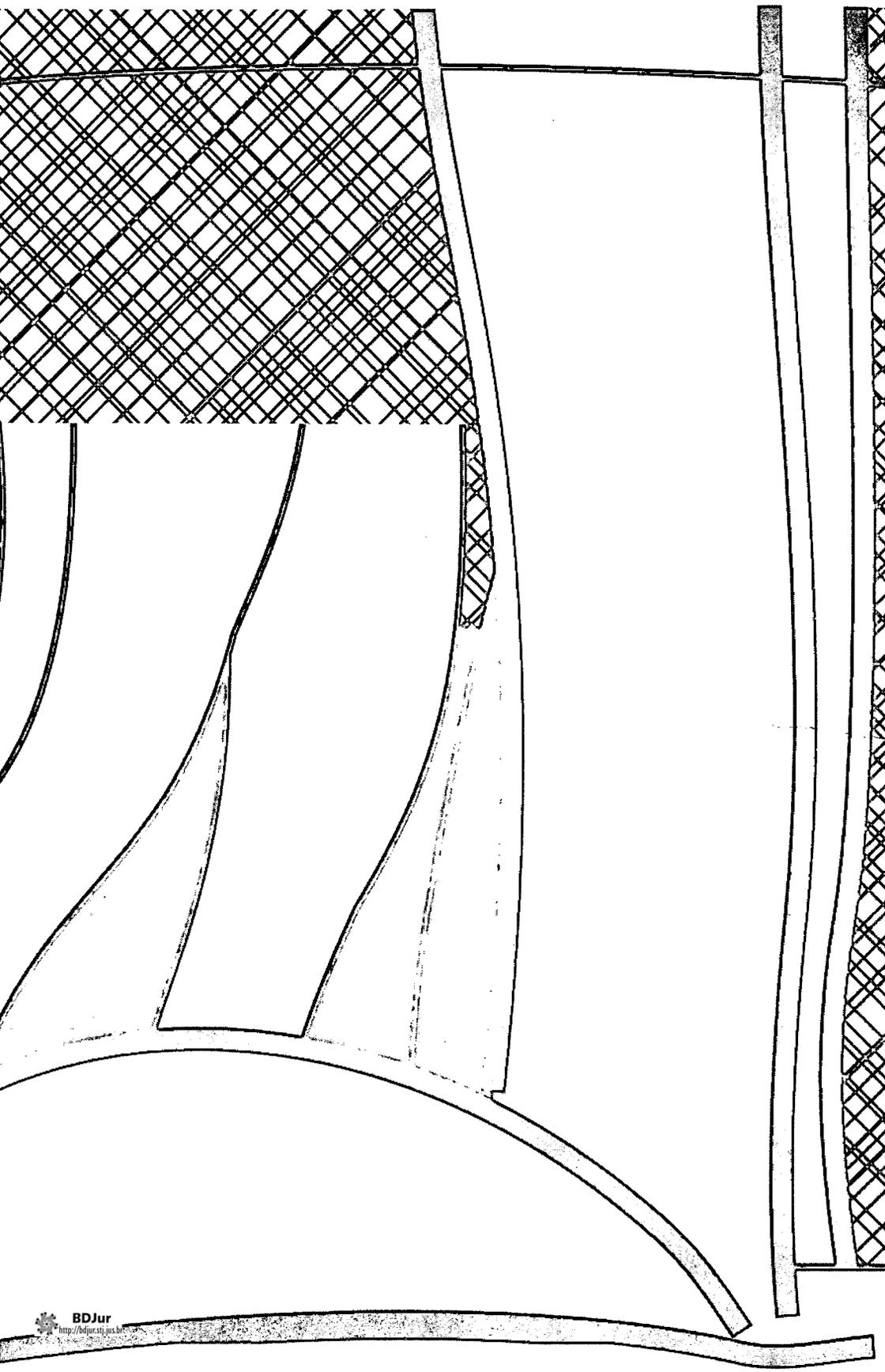
**Código Penal
dos Estados Unidos
do Brasil commentado
Vol. I**

Antonio José da Costa e Silva

História do Direito
Brasileiro



7

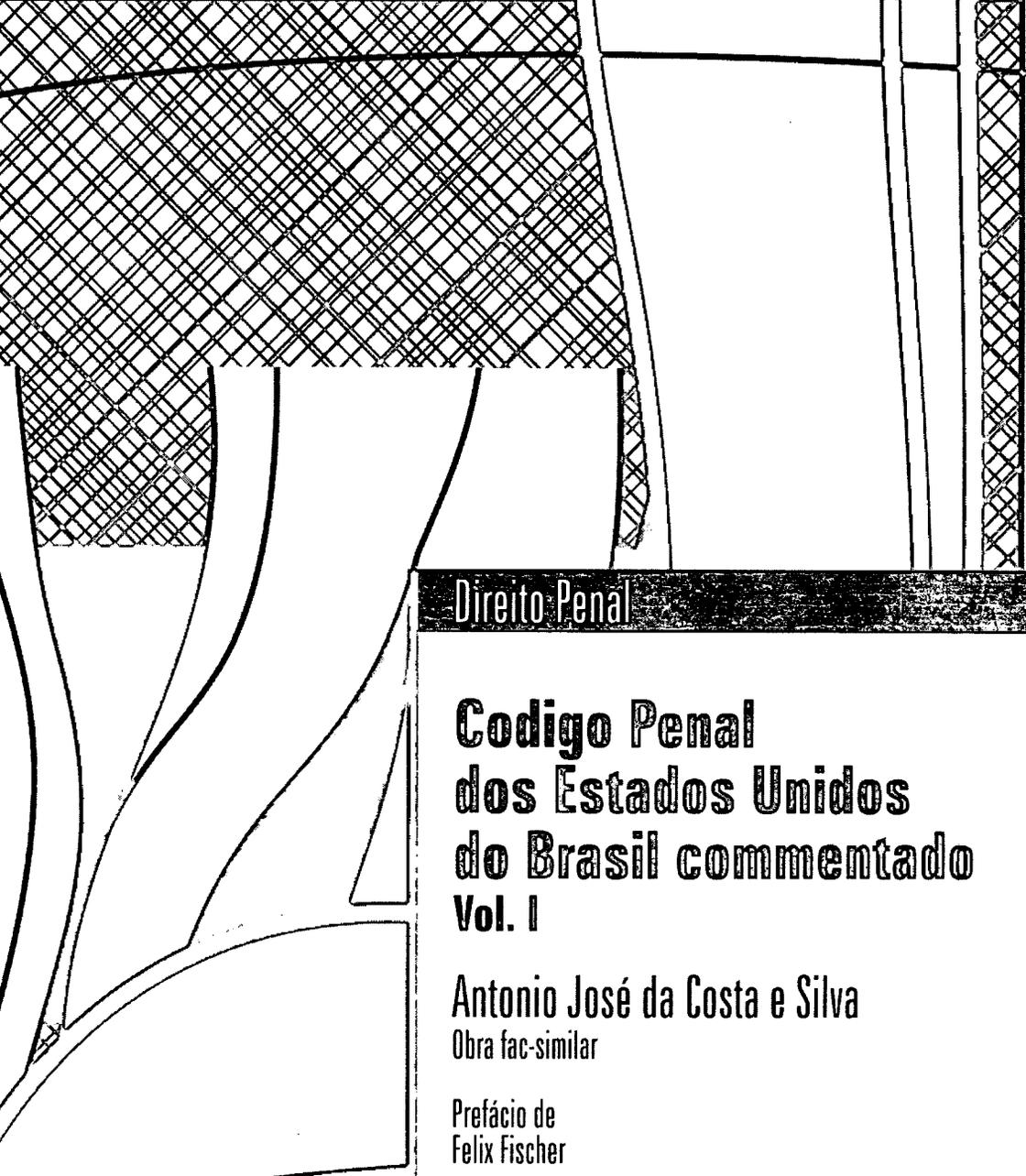


Senado Federal

Senador José Sarney, Presidente
Senador Paulo Paim, 1º Vice-Presidente
Senador Eduardo Siqueira Campos, 2º Vice-Presidente
Senador Romeu Tuma, 1º Secretário
Senador Alberto Silva, 2º Secretário
Senador Heráclito Fortes, 3º Secretário
Senador Sérgio Zambiasi, 4º Secretário
Senador João Alberto Souza, Suplente
Senadora Serys Slhessarenko, Suplente
Senador Geraldo Mesquita Júnior, Suplente
Senador Marcelo Crivella, Suplente

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Nilson Vital Naves, Presidente
Ministro Edson Carvalho Vidigal, Vice-Presidente
Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Diretor da Revista
Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
Ministro Francisco Peçanha Martins
Ministro Humberto Gomes de Barros
Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha
Ministro Vicente Leal de Araújo
Ministro Ari Pargendler, Coordenador-Geral da Justiça Federal
Ministro José Augusto Delgado
Ministro José Arnaldo da Fonseca
Ministro Fernando Gonçalves
Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Ministro Felix Fischer
Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
Ministro Gilson Langaro Dipp
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Jorge Tadeo Flaquer Scartezzini
Ministra Eliana Calmon Alves
Ministro Paulo Benjamin Fragozo Gallotti
Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto
Ministro Domingos Franciulli Netto
Ministra Fátima Nancy Andrighi
Ministro Sebastião de Oliveira Castro Filho
Ministra Laurita Hilário Vaz
Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina
Ministro Luiz Fux
Ministro João Otávio de Noronha
Ministro Teori Albino Zavascki
Ministro José de Castro Meira
Ministra Denise Martins Arruda



Direito Penal

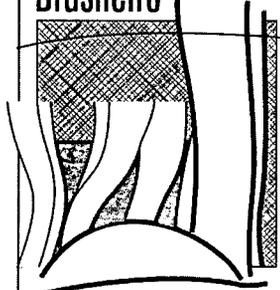
**Código Penal
dos Estados Unidos
do Brasil commentado
Vol. I**

Antonio José da Costa e Silva

Obra fac-similar

Prefácio de
Felix Fischer

**História do Direito
Brasileiro**



Brasília
Fevereiro/2004

Conselho Editorial

Senador José Sarney, Presidente
Joaquim Campelo Marques, Vice-Presidente
Carlos Henrique Cardim, Conselheiro
Carlyle Coutinho Madruga, Conselheiro
Raimundo Pontes Cunha Neto, Conselheiro

O Conselho Editorial do Senado Federal, criado pela Mesa Diretora em 31 de janeiro de 1997, buscará editar, sempre, obras de valor histórico e cultural e de relevância para a compreensão da história política, econômica e social do Brasil e reflexão sobre os destinos do país.

Coleção História do Direito Brasileiro - Direito Penal

ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado	JOÃO VIEIRA DE ARAUJO Codigo Penal commentado, theorica e praticamente
ANTONIO LUIZ FERREIRA TINÓCO Codigo Criminal do Imperio do Brazil annotado	OSCAR DE MACEDO SOARES Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil
BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA Lições de Direito Criminal	THOMAZ ALVES JUNIOR Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal
FRANZ VON LISZT Tratado de Direito Penal alemão, prefácio e tradução de José Hygino Duarte Pereira	TOBIAS BARRETO Estudos de Direito
GALDINO SIQUEIRA Direito Penal brasileiro (segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia)	TOBIAS BARRETO Menores e loucos em Direito Criminal

Comissão Organizadora do Superior Tribunal de Justiça

Walkir Teixeira Bottecchia, Secretário-Geral
Jadir da Fonseca Camargos, Assessor de Articulação Parlamentar
Marcelo Raffaelli, Assessor Jurídico
Luciana Raquel Jáuregui Costandrade, Assessora Jurídica
Judite Amaral de Medeiros Vieira, Núcleo de Redação e Revisão
Mari Lúcia Del Fiaco, Núcleo de Redação e Revisão
Stael François de Medeiros Oliveira Andrade, Núcleo de Redação e Revisão

Projeto Gráfico

Carlos Figueiredo, Núcleo de Programação Visual
Eduardo Lessa, Núcleo de Programação Visual
Taís Villela, Coordenadora do Núcleo de Programação Visual

.....
Silva, Antonio José da Costa e.

Codigo penal dos Estados Unidos do Brasil commentado /
Antonio José da Costa e Silva ; prefácio de Félix Fischer. --
Ed. fac-similar. -- Brasília : Senado Federal, Conselho
Editorial : Superior Tribunal de Justiça, 2004.
2 v. -- (História do direito brasileiro. Direito penal)

1. Código penal, Brasil (1890). I. Brasil. Código penal
(1890) II. Título. II. Série.

CDDir. 341.5
.....



Coleção HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO

No prefácio de sua monumental *A Política Exterior do Império*, dizia Calógeras, referindo-se à história diplomática do país, que era preciso evitar se perdesse “o contato com esse passado tão fecundo em lições e tão cheio de seiva alentadora para quem o sabe consultar”. Foi com a mesma finalidade, agora com foco na história das instituições jurídicas brasileiras, que o Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça celebraram convênio para a reedição de grandes obras do Direito Civil e Penal pátrio que comporão a coleção intitulada *História do Direito Brasileiro*.

O projeto nasceu de sugestão que me fez o pesquisador Walter Costa Porto, advogado, professor universitário, ex-Ministro do Superior Tribunal Eleitoral, emérito constitucionalista, personalidade merecedora do respeito de todos quantos o conhecem, a quem presto neste ensejo a justa homenagem que lhe é devida.

Seu objetivo é atualizar, num corpo orgânico, parte da história de nosso Direito e, dessarte, colocar à disposição de especialistas e demais interessados obras da literatura jurídica nacional hoje esgotadas ou de difícil acesso. A importância da iniciativa é evidente: por um lado, contribui para a preservação de nosso patrimônio cultural; por outro, ajudará os estudiosos da evolução das instituições do Direito brasileiro.

Quer nos escritos, quer nas biografias, evidencia-se a magnitude das personalidades a serem reeditadas. Com efeito, não se trata apenas de jurisconsultos e autores de obras de Direito, mas de luminares da cultura nacional, que foram também catedráticos, literatos, jornalistas, ocupantes de elevados cargos públicos e militantes da política.

A coleção publicará onze livros de Direito Civil e dez de Direito Penal. Aqueles são os seguintes:

- *A Propriedade pelo Cons. José de Alencar* – com uma prefação do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas, trazendo de volta livro cujo autor, além de dar expressiva contribuição às letras brasileiras, teve importante carreira política e ocupou o Ministério da Justiça no gabinete Itaboraí.

Acresce ser o livro prefaciado por Antonio Joaquim Ribas, jurista que também será reeditado na coleção.

- *Consolidação das Leis Civis*, de 1858, e *Código Civil: esboço*, dois trabalhos de reconhecido valor histórico, da lavra de Augusto Teixeira de Freitas. O primeiro foi-lhe encomendado pelo governo imperial; a comissão encarregada de revê-lo, após dar o laudo aprobatório, acrescentou que sua qualidade recomendava a habilitação de Teixeira de Freitas “para o Projeto do Código Civil, do qual a *Consolidação* é preparatório importante”. Seu esboço de Código Civil, não aproveitado no Brasil, serviu de base para o Código Civil da República Argentina. Quanto à *Consolidação*, seu mérito histórico é realçado pela visão da visceral repulsa ao escravismo manifestada pelo autor.

- *Curso de Direito Civil brasileiro*, de Antonio Joaquim Ribas, que, como dito acima, prefaciou *A Propriedade*, de José de Alencar. No prefácio da 2ª edição do *Curso de Direito Civil* (1880), Ribas disse, em palavras que condizem com o objetivo da coleção *História do Direito Brasileiro*, que “Sem o conhecimento [da] teoria [do Direito Civil pátrio] ninguém pode aspirar ao honroso título de jurisconsulto, e nem exercer digna e satisfatoriamente a nobre profissão de advogar ou de julgar”.

- *Direitos de Família e Direito das Coisas*, de Lafayette Rodrigues Pereira, datados respectivamente de 1869 e 1877, ambos adaptados ao Código Civil de 1916 por José Bonifácio de Andrada e Silva. Lafayette foi advogado e jornalista liberal, Ministro da Justiça, Senador, Presidente do Conselho e, *last but not least*, defensor de Machado de Assis contra a crítica feroz de Sílvio Romero. Com graça, dizia, a respeito de seu renome, “Subi montado em dois livrinhos de direito”. São esses “livrinhos” que aqui estão vindo a lume, obras cujo método Lacerda de Almeida – outro nome na lista de autores da coleção – utilizou para a exposição sistemática do direito das obrigações.

- *Direito das Coisas*, de Clóvis Beviláqua, permitirá aos estudiosos hodiernos familiarizar-se com um gigante da literatura jurídica nacional, autor, a convite do Presidente Epitácio Pessoa, do projeto do Código Civil brasileiro. Modernizador, expressou no projeto sua revolta contra a vetustez do Direito Civil vigente no Brasil.

- *Instituições de Direito Civil brasileiro, oferecidas, dedicadas e consagradas a Sua Majestade Imperial o Senhor Dom Pedro II*, por Lourenço Trigo de Loureiro, nascido em Portugal (Vizeu) e formado em Olinda, onde mais tarde ocupou a cátedra de direito civil; teve cargos políticos,

foi professor de francês e tradutor de literatura francesa, inclusive do teatro de Racine. Seu livro, datado de 1850, constitui valioso elemento para aquilatar o cenário contra o qual, meio século depois, Beviláqua expressaria sua revolta.

- *Obrigações: exposição systematica desta parte do Direito Civil patrio segundo o methodo dos "Direitos de Família" e "Direito das Cousas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira*, de Francisco de Paula Lacerda de Almeida. Publicado em 1897, é um dos muitos livros sobre temas de direito civil deixados por Lacerda de Almeida.

- *Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais*, de autoria de Pedro Orlando. Autor de obras sobre direito comercial, questões trabalhistas e fiscais, Orlando é também autor do *Novíssimo Dicionário Jurídico Brasileiro*.

- *Nota Promissoria (estudos da lei, da doutrina e da jurisprudencia cambial brasileira)*, por Antonio Magarinos Torres. Advogado, catedrático e vice-diretor da Escola Superior de Comércio do Rio de Janeiro, juiz e presidente do Tribunal do Júri da então capital do país. Prolífico autor, escreveu sobre direito comercial, fiscal, penal e finanças.

Os dez livros dedicados ao Direito Penal incluem:

- *Tratado de Direito Penal allemão, prefácio e tradução de José Hygino Duarte Pereira*, de Franz von Liszt, jurista alemão, catedrático da Universidade de Berlim. A par, por si só, do elevado conceito do *Tratado*, quisemos, com a publicação, destacar o alto valor do prefácio de José Hygino, de indispensável leitura, que, por isso mesmo, ajusta-se à finalidade da coleção a respeito da história do direito brasileiro.

- *Lições de Direito Criminal*, de Braz Florentino Henriques de Souza, autor de trabalhos sobre Direito Civil e Criminal, designado membro da comissão encarregada de rever o Código Civil em 1865. *Lições de Direito Criminal* data de 1860.

- *Anotações theoricas e praticas ao Código Criminal*, de Thomaz Alves Junior. Crítico do Código Penal de 1830, que considerava prolixo e casuístico, Thomaz Alves o analisa detidamente, historiando sua apresentação, discussão e aprovação. Desse modo, as *Anotações* iluminam os leitores do século XXI quanto ao pensamento dos legisladores brasileiros do Império e constituem leitura complementar à obra de Braz Florentino.

- *Menores e loucos em Direito Criminal e Estudos de Direito*, de Tobias Barreto. Conhecido por sua poesia, Barreto era talvez mais jurista que poeta. Formou-se na Faculdade de Direito do Recife, da qual foi depois catedrático, tendo entre seus discípulos Clóvis Beviláqua, Graça Aranha e Sílvio Romero. Fizeram parte da denominada “Escola do Recife”, que marcou o pensamento brasileiro (a propósito, entre outras, de Nelson Saldanha, *A Escola do Recife*, 1976 e 1978, e, de Miguel Reale, *O Culturalismo da Escola do Recife*, de 1956). Tobias foi um inovador; lutou incessantemente contra a estreiteza do ambiente cultural então imperante no Brasil.

- *Código Criminal do Império do Brasil anotado*, por Antonio Luiz Ferreira Tinôco. O Código do Império, reconhecido como “obra legislativa realmente honrosa para a cultura jurídica nacional” (Aníbal Bruno), filiava-se à corrente dos criadores do Direito Penal liberal (entre eles, Romagnoni e Bentham); admiravam-lhe a clareza e a concisão, entre tantos outros juristas, Vicente de Azevedo e Jiménez de Asúa, por exemplo. “Independente e autônomo, efetivamente nacional e próprio” (Edgard Costa), foi o inspirador do Código Penal espanhol de 1848 (Basileu Garcia e Frederico Marques). Acolheu a pena de morte, é certo, mas D. Pedro II passou a comutá-la em galés perpétuas após a ocorrência de um erro judiciário, ao que se conta. Segundo Hamilton Carvalhido, a obra de Tinôco “nos garante uma segura visão da realidade penal no último quartel do século XIX”.

- *Código Penal commentado, theorica e praticamente*, de João Vieira de Araujo. Abolida a escravidão, Nabuco apresentou projeto, que nem chegou a ser discutido, para autorizar a adaptação das leis penais à nova situação. Sobreveio, logo após, o Código Penal de 1890, cuja elaboração fora cometida ao Conselheiro Baptista Pereira. O Código receberia várias críticas. Em 1893, Vieira de Araújo apresentou à Câmara dos Deputados projeto de um Código, sem êxito; logo depois, apresentava outro esboço, também sem sucesso.

- *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, por Oscar de Macedo Soares. Diplomado em Direito pela Faculdade do Largo São Francisco, foi jornalista, secretário das províncias de Alagoas e Ceará, político conservador, advogado e autor de várias obras de Direito.

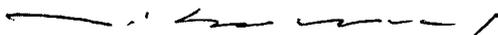
- *Direito Penal brasileiro (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia)*, de Galdino

Siqueira. Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e autor de livros sobre Direito Penal, em 1930 Siqueira foi incumbido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores de redigir um anteprojeto de Código de Processo Civil. Em 1917 tinha participado, pela acusação, no julgamento do assassinato de Pinheiro Machado.

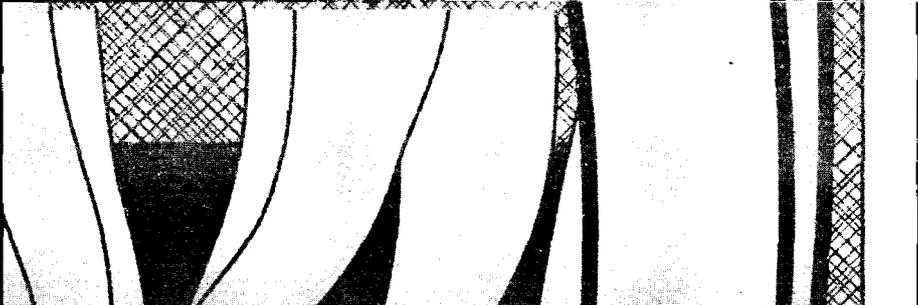
- *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*, de Antonio José da Costa e Silva, livro que antecedeu a preparação, em 1938, do projeto de Código Criminal encomendado por Francisco Campos a Alcântara Machado. Costa e Silva participou da comissão revisora do projeto, a qual contava com luminares como Nelson Hungria e Roberto Lyra e cujo resultado foi o Código Penal de 1940.

O leitor pode compreender, em face do que precede, a relevância da iniciativa tomada conjuntamente pelo Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Como país jovem, na afoiteza de perseguir os objetivos de progresso e desenvolvimento, às vezes nos temos descuidado do passado cultural, sacrificando-o erradamente, ao confundir o que é antigo com o que é obsoleto. Almejo que a publicação da *História do Direito Brasileiro* concorra para remediar ótica tão equivocada, porque, nas palavras de Ginoulhiac em sua *Histoire générale du droit français*, “Ce n’est pas seulement dans la suite des faits, des événements, que consiste l’histoire d’un peuple; mais encore, mais surtout, dans le développement de ses institutions et de ses lois.”



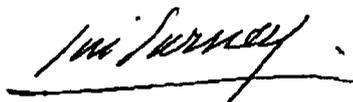
Ministro Nilson Naves
Presidente do Superior Tribunal de Justiça



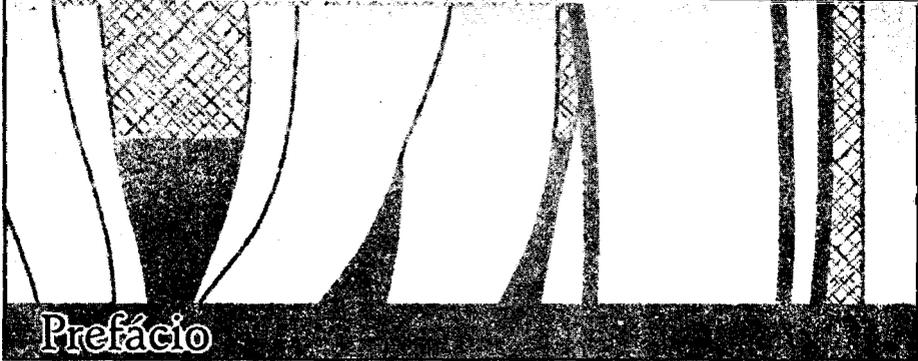
Nota do Editor

O Superior Tribunal de Justiça e o Senado Federal estão reeditando alguns dos títulos essenciais da literatura jurídica brasileira. A Coleção *História do Direito Brasileiro*, com títulos de direito civil e penal, deverá ocupar um lugar importante nas bibliotecas de magistrados, advogados e estudiosos de direito.

Esta coleção se insere no programa editorial do Senado, que se destina ao desenvolvimento da cultura, à preservação de nosso patrimônio histórico e à aproximação do cidadão com o poder legislativo.



Senador José Sarney
Presidente do Conselho Editorial do Senado Federal



Prefácio

A oportuna reedição da principal obra do admirável jurista Costa e Silva, felizmente, mostra a fragilidade do referencial ironicamente exposto por Shakespeare de que *"there's hope a great man's memory may outlive his life half a year"*.

Pertencente a uma geração de doutrinadores dotados de invejável cultura humanística, Costa e Silva ali se destacou, também, pelo extraordinário conhecimento jurídico, sendo considerado, praticamente à unanimidade, o pai de nossa dogmática jurídico-penal.

Em conhecida conferência disse Nelson Hungria: *"Desde o primeiro momento, fixei, para esta minha conferência, o nome de quem se pode dizer que foi o mais apurado cultor da ciência jurídico-penal no Brasil: Antônio José da Costa e Silva. O que êle deixou escrito pode ser reconhecido como o summum culmen na bibliografia do direito penal pátrio. É obra de mestre, no mais lídimo sentido da expressão. É cristalização de um saber autêntico, que só se adquire pelo perseverante e ávido aproveitamento do tempo no estudo e na meditação. Costa e Silva teve a posse inteira do árduo e movediço terreno da ciência penal. Conhecia-o polegada a polegada, nos seus velhos estratos e nas suas aluviões, nos seus caminhos batidos e nas suas trilhas mais recentes, nas suas desconcertantes encruzilhadas e nos seus intrincados meandros, nas suas torrentes borbulhosas e nos seus regatos sossegados. Tinha a visão aquilina do conjunto e dos pormenores. Nada escapava ao alcance da sua retina, à agilidade da sua percepção, à finura da sua análise, à sensibilidade do seu espírito científico. Versava com a mesma habilidade as soluções menos intranquias e as vexatae quaestiones, expondo-as com clareza e precisão, submetendo-as ao seu agudo senso de crítica, orientando-as no sentido da unidade sistemática, da impecável harmonia de que se deve revestir um corpo de doutrina.*

Ao contrário de muitos dos nossos escritores de direito penal, jamais abstraiu ou ladeou os problemas difíceis ou ingratos: defrontava-os com serena bravura e segurava-os firmemente pelas guampas. Não era um repetidor servil de idéias alheias, importadas do Velho Mundo ou da América do Norte. Comentando o direito penal brasileiro, não fazia caso omisso do



seu texto, para trasladar teorias e conceitos formulados em face de Códigos alienígenas. Seus livros encerram a mais perfeita construção técnico-jurídica do nosso verdadeiro jus positum em matéria penal.

Havia em Costa e Silva, expositor admirável, um traço indicativo da genuína sabedoria: o amor à síntese. Não empregava o estilo copioso dos simuladores de erudição. Sabia gizar o exato contôrnio das questões, e resolvia-as com palhetadas magistrais. Nos seus períodos nítidos e escorreitos, sumariamente persuasivos como dinheiro à vista, não havia a demasia de um só vocábulo, uma só derivação inútil.

Ninguém fez tão superiormente, como êle, o comentário e a crítica do Código Penal de 90. Discorrendo sôbre a evolução do direito penal pátrio e assinalando a sua derradeira etapa a partir da discussão em tôrno do projeto Sá Pereira, já assim me pronunciei: '... foi por essa época que Antônio 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-ia que atingíramos o ponto culminante de gradativa ascensão. Pela fiel informação doutrinária, pela solidez e riqueza de ensinamentos, pela perfeição técnica, concisão e clareza de estilo, êsse livro foi, e continua sendo, a obra máxima do direito penal brasileiro. Atualizou conhecimentos, devassou distâncias, retificou caminhos, fixou certeiras diretrizes. Comparou o nosso direito ao de outros países e nos pôs em contato direto com a profunda cultura jurídico-penal da Alemanha de antes de Hitler, da qual tínhamos notícia, quase que exclusivamente, pela antiga versão do Tratado de Von Liszt por José Higino (cujo famoso prefácio, aliás, constitui, ainda hoje, uma das melhores páginas da nossa literatura penal). Só então nos refizemos da incerteza e insatisfação em que, sôbre vários problemas, nos deixavam os autores italianos, até ali reputados, no Brasil, mestres inexcedíveis da ciência penal. Só então pudemos verificar, não sem um certo desencanto, que os figurinos italianos, em que tão extaticamente nos inspirávamos, eram, por sua vez, em grande parte, inspirados e talhados nos riscos e moldes da alfaiataria alemã. A fonte limpa estava para além dos Alpes, alimentada pela mais penetrante sabedoria e o mais infatigável espírito de construção jurídica. O livro de Costa e Silva, cujo segundo tomo só veio a lume em 1938, foi o atestado inequívoco do quanto se elevava o nível da nossa cultura no campo da dogmática jurídico-penal. Realizou, em linhas esculturais, o mais perfeito trabalho de sistematização e doutrinação do nosso direito penal legislado.

Alheando-se radicalmente à estéril e anacrônica polêmica das escolas, cujo borralho fôra revolvido, entre nós, por efeito reflexo da celeuma provocada pelo malogrado projeto Ferri, apresentado ao govêrno italiano em 1921, Costa e Silva afirmava-se mestre insuperável na exposição técnico-jurídica dos princípios do Código de 90 e leis adicionais, no mesmo passo que, através de uma crítica superiormente esclarecida, arroteava as trilhas para um mais seguro e confiante empreendimento da reforma da nossa legislação penal'.

Foi, sem dúvida alguma, o mais bem informado dos nossos penalistas: Sempre atento às produções doutrinárias ou legislativas sôbre direito penal, não lhe passava despercebido o mais leve ou longínquo tremor no solo da sua querida ciência.” (In “Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores”, ano 3, junho, 1945.) Na mesma linha, observou Aníbal Bruno acerca da obra ora reeditada: “... que, lançada em moldes rigorosamente científicos, concisa, clara, serena, mobilizando a mais autorizada bibliografia, apresentava do nosso Direito uma sistematização e uma análise técnica ainda não superada, vindo a constituir o ponto mais alto da nossa produção na ciência do Direito Penal, confirmando o juízo que do seu autor já havia feito o eminente JIMÉNEZ DE ASÚA.” (In “Direito Penal”, Parte Geral, Tomo I, p. 175.) Assim, por igual, Heleno C. Fragoso asseverou sobre o autor: “...Perfeitamente informado das últimas contribuições doutrinárias, familiarizado com a obra dos autores alemães, Costa e Silva produziu trabalho de méritos excepcionais, conciso, sóbrio, tecnicamente bem estruturado, colocando-se como um dos melhores trabalhos da doutrina jurídico-penal brasileira de todos os tempos.” (In “Lições de Direito Penal”, Parte Geral, p. 84.) O reconhecimento do seu extraordinário valor, cumpre sublinhar, foi destacado, mais de uma vez, fora de nossas fronteiras, por Luís Jiménez de Asúa, não só em carta ou no seu “Un Viaje al Brasil” mas também no “Tratado de Derecho Penal” (Tomo I, p. 1357, 3ª ed.).

Costa e Silva foi, sem dúvida, um doutrinador ímpar e, sabidamente, um paradigma como magistrado. No dizer de J. Frederico Marques: “Magistrado que era, não lhe faltou oportunidade para melhor observar, através das tarefas forenses, o fluxo da vida e a incidência sobre ela da ordem normativo-penal. Os conhecimentos teóricos de que se abastecera com profusão nas doutrinas peregrinas dos autores mais renomados não lhe toldaram a visão poderosa do homem prático e arguto,

sempre à escuta das ressonâncias e rumores que se agitam nos fatos sociais que o Direito deve disciplinar.” (In “Tratado de Direito Penal”, vol. I, pp. 141/142.)

Portanto, num momento em que há um intenso intercâmbio de idéias no campo da ciência penal, não só ainda decorrente do finalismo mas, já agora, também do pós-finalismo, particularmente através das hodiernas colocações da doutrina alienígena, v.g., entre outros mestres, de C. Roxin, G. Jakobs e, recentemente, de E. R. Zaffaroni, a melhor compreensão da longa evolução histórica da nossa dogmática não pode ser alcançada sem passar pelo marco fundamental estabelecido por Costa e Silva.

Ministro Felix Fischer

CODIGO PENAL
DOS
ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

(Dec. n. 847, de 11 de Outubro de 1890)

CODIGO PENAL

DOS

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

COMMENTADO

PELO

Dr. Antonio José da Costa e Silva

Ministro do Tribunal de Justiça de S. Paulo

*Oferecido à Biblioteca do Tribunal Federal
de Recursos pelo Presidente Cunha Daocon-
cellos Filho, em 15 de setembro de 1963.*

COMPANHIA EDITORA NACIONAL
R. DOS GUSMÕES N. 26 — 1930 — SÃO PAULO

“... si la jurisprudencia es una necesidad in-
declinable del derecho, el comentario científico es
un utilísimo, un convenientísimo complemento de
toda ley”.

“Nuestro comentario explicará y juzgará”.

Pacheco, *El Código Penal*, I, ps. LX e LXII.

O Generalissimo Manuel Deodoro da Fonseca, chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brasil, constituido pelo exercito e armada em nome da nação, tendo ouvido o Ministro dos Negocios da Justiça e reconhecendo a urgente necessidade de reformar o regimen penal, decreta o seguinte

Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil.

I. — Acêrca do desenvolvimento historico do direito criminal ou penal, na antiga metropole e em nossa patria, merecem consultados : relativamente ao primeiro ponto — Tavares de Medeiros, *Legislation pénal comparée*, I ; Caeiro da Matta, *Direito criminal português*, Coimbra, 1911, I, cap. III ; e relativamente ao segundo — Thomaz Alves, *Anotações theoricas e praticas*, Rio, 1864-83, I, int. ; Camargo, *Direito Penal Brasileiro*, S. Paulo, 1881-82, I, cap. II ; João Vieira, *O Brasil na legislação penal comparada*, Rio, 1911 ; e Galdino Siqueira, *Direito Penal Brasileiro*, Rio, 1921, p. 7 e seguintes.

O codigo de 1830, o primeiro que tivemos, era reconhecidamente um dos mais notaveis de seu tempo e constituia um padrão de gloria que attestava a cultura juridica dos legisladores da infancia da monarchia. Promulgado após as duas codificações penaes que, no começo do seculo XIX, mais larga repercussão alcançaram — a franceza, de 1810, e a bavara, de 1813 — elle soube mostrar-se independente e, em varios assumptos, de marcada originalidade. 1). Foi nas idéas uti-

1) Historiando a legislação penal de seu país, em um artigo inserto no *Archivo de Criminologia*, de Cracovia, escreveu o illustre Asúa : — “O codigo de 1848, inspirado no codigo penal do Brasil, cópia por seu turno do codigo napolitano...” E’ possivel e até provavel

II

litaristas de Bentham que se inspirou essa magnifica obra legislativa. No longo periodo de sessenta annos, em que ella esteve em vigor, muitas alterações e muitos accrescimos lhe foram feitos. Já se havia posto mãos ao trabalho de reformal-a completamente, quando foi proclamado o governo republicano. Apressou-se o primeiro ministro da justiça (dr. Campos Salles) em levar avante esse empreendimento. E entregou á competencia do conselheiro Baptista Pereira a ardua tarefa da elaboração de um novo codigo. Em curto tempo, se desempenhou o illustre jurisconsulto da delicada missão que lhe fôra confiada. Com pequenas modificações, foi o projecto por elle organizado acolhido pelo governo provisório. E' o codigo penal vigente.

No concernente ao seu systema e ás doutrinas por elle adoptadas, encontram-se esclarecimentos da maior valia nos artigos publicados por seu autor na *Revista de Jurisprudencia*, do Rio. O trabalho do distincto criminalista foi alvo das mais severas criticas, não raro exaggeradas e destituidas de razão. ¹⁾ A pratica incumbiu-se de pôr em evidencia os seus não poucos e reaes defeitos. A necessidade de refundil-o ou substituil-o, de ha muito reconhecida, é hoje uma convicção geral. Para ella concorre, além da existencia de numerosas leis extravagantes, a circumstancia de que, no derradeiro trintenio, profundas transformações se vêm operando no dominio do direito repressivo. Todos os povos que caminham á deanteira da civilização sentem que as suas leis penaes envelheceram. E procuram esforçadamente rejuvenescel-as, de harmonia com as aspirações da consciencia contemporanea, para que ellas se tornem

que este codigo, promulgado em 1819 e obra em grande parte do immortal N. Nicolini, haja exercido alguma influencia no espirito do legislador brasileiro, mas que este o tenha copiado, é asserção que nos parece indemonstravel. Entre os juizos menos justos a respeito de nosso antigo codigo, merece lembrado o do professor João Vieira, que o accusou de "grande prolixidade e casuistica excessiva" (**O Brasil na leg. pen. comparada**, 42).

1) Com imperdoavel exaggero, houve quem o qualificasse como "o peor de todos os codigos conhecidos".

III

mais efficazes na luta contra a criminalidade. O mundo inteiro, sem exceptuar a remota Oceania, renova e vivifica as suas leis penaes, neste primeiro terço do seculo — diz insigne criminalista. ¹⁾). Não podemos ficar estranhos a esse movimento quasi universal.

II. — Varias tentativas têm sido feitas para dotar o nosso país de outro codigo penal. Os projectos organizados em 1893 (proj. João Vieira) ²⁾, em 1899 (proj. da Camara dos deputados) ³⁾ e em 1913 (proj. Galdino) não lograram satisfazer as exigencias da opinião. Em 1910, em seu relatorio, escreveu o ministro Esmeraldino Bandeira: — “Dada a moderna orientação do direito criminal e attentos os avanços da penologia contemporanea, não é possível protrahir por mais tempo a elaboração de um novo codigo penal e a reforma do regimen penitenciario existente. Distanciado de muitos annos do actual momento, o codigo que ainda vigora no Brasil carece urgentemente de ser substituido...”. Pela resolução legislativa de 7 de janeiro do anno seguinte, foi o poder executivo autorizado a mandar organizar, mediante larga retribuição pecuniaria, um novo projecto. E’ ignorado o uso que foi feito dessa autorização. ⁴⁾).

1) Saldaña, **El futuro codigo penal**, Madrid, 1923, 70.

2) A Faculdade de Direito de S. Paulo incumbiu uma commissão de emittir parecer a respeito deste projecto. Foi relator o dr. João Monteiro. Após uma analyse pormenorizada e rigorosa, concluiu a commissão que tal projecto não se prestava nem sequer para base da discussão no Congresso (**Rev. da Faculdade**, II, p. 9 e segs.). Defendeu-o o autor em artigo estampado na **Revista Academica**, do Recife, IV, sob o titulo — **O projecto de codigo penal e a Faculdade de S. Paulo**. Entre os pareceres formulados acêrca desse projecto, merece lido o do Instituto da Ordem dos Advogados, do qual foi relator o dr. J. Baptista Pereira (Rio, 1897).

3) O dr. José Hygino, em uma pequena serie de artigos, dados a lume no **Jornal do Commercio**, do Rio, patenteou quão imperfeito era esse projecto. A critica do systema penal nelle acolhido foi proficientemente feita pelo desembargador Bezerra (**Rev. de Jurisp.**, vols. IX, X, XI e XII).

4) Diz-se que o poder [executivo contratou, reservadamente, com o dr. Germano Hasslocher a elaboração desse trabalho. Por infelicidade, transcorrido pouco tempo, esse deputado fallecia.

IV

Em 1916, o Instituto da Ordem dos Advogados, do Rio, representou ao Congresso sobre a conveniencia de se ultimar, em breve tempo, o trabalho de revisão do codigo. Em 1918, uma commissão composta de deputados e senadores deu os primeiros passos para a feitura de um novo projecto ; mas elles não foram além da discussão de algumas theses. Em 10 de novembro de 1927, estampou o *Diario Official* da União a parte geral de um projecto da lavra do desembargador Virgilio de Sá Pereira, com uma exposição de motivos incompleta. 1).

Não se deve estranhar a lentidão com que tem caminhado a reforma da nossa lei penal. O mesmo phenomeno se observa em outros países. A Suissa desde 1893 se empenha em fundir num codigo penal unico os seus 25 direitos cantonaes. A Dinamarca desde 1905, a Allemanha e a Austria desde 1909 (esta ultima até de data mais remota) envidam os melhores esforços para a remodelação de seus codigos penaes. Os exemplos podiam ser multiplicados.

1) Reproduzido nas **Pandectas brasileiras**, de Espinola, III, 1927, 4.ª parte, p. 41 e segs. Sobre este projecto escreveu o dr. João de Oliveira Filho, em fins de 1927 e na primeira metade de 1928, crescido numero de artigos, em que abundam judiciosas observações, sobretudo de ordem pratica. Na **Scuola Positiva**, 1928, pag. 325, publicou Tancredi Gatti uma resenha do mesmo projecto, tecendo-lhe encomios como uma das mais notaveis manifestações do actual movimento reformador das leis penaes, como uma nova affirmação das doutrinas da escola positiva, mas, ao mesmo tempo, apontando-lhe numerosos defeitos.

Na **Monatschrift fuer Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform**, 1929, p. 277, emittiu o emerito professor Asúa um juizo assás benevolo sobre o projecto. Elle lhe acha defeitos reduzidos e o inclue entre as melhores leis penaes do futuro. O artigo está reproduzido, em espanhol, em um livro recente do mesmo criminalista — **El nuevo derecho penal**, Madrid, 1929, p. 213.

Dos principios abraçados pelo projecto fallaremos muitas vezes no correr destes commentarios. Aqui só diremos de sua redacção : — é do maior descuido.

Em 23 de dezembro (1928) appareceu no **Diario Official** o projecto completo. A parte geral soffreu diversas modificações, que lhe reduziram bastante o numero de artigos. Estes, que eram 246, ficaram sendo 185.

V

Diversos são os codigos penaes promulgados no seculo em que vivemos : o norueguês (1902), o japonês (1907), o chinês (1912), o argentino (1921), o peruano (1924), o turco (1926), o espanhol (1928) e o yugo-eslavo (1929).

Dos projectos merecem especial destaque : os suissos (o ultimo de 1918), os allemães (o ultimo de 1927), os italianos (Ferri, 1921, e Rocco, 1927), os suecos (1916 e 1923), o checo-eslovaco (1926) e o peruano (1928).

Quasi todos os povos, ao mesmo passo que preparam os seus codigos, vão adoptando leis especiaes, que, obedecendo aos mais adeantados principios de politica criminal, regulam materias que a actualidade reputa de transcendente importancia, como sejam a criminalidade infantil, a condemnação condicional e a delinquencia profissional e habitual. Sobre este momentoso problema são dignos de estudo e imitação o *Prevention of crime act.*, de 1908, inglês, e a lei dinamarquesa de 11 de abril de 1925, que estabeleceu medidas de prevenção contra as pessoas que puzessem em perigo a segurança publica.

III. — Acha-se o codigo dividido em quatro livros, occupando-se o primeiro com as normas de natureza geral, o segundo com os delictos em especie, o terceiro com as contravenções e o quarto com disposições de indole processual ou transitoria. Quasi identico ao do codigo de 1830 é o methodo seguido na primeira parte. Ahi se encontram os preceitos respeitantes á applicação e aos effeitos da lei penal, aos crimes e criminosos (autores e cumplices), á responsabilidade criminal, causas que a excluem e justificam, ás circumstancias aggravantes e attenuantes, á pena, sua execução e effeitos ; e, finalmente, á suspensão e extincção da acção penal e da execução.

A segunda parte se compõe de treze titulos, subdivididos em capitulos e alguns destes em secções. Adopta o codigo, na disposição das materias dessa parte, o systema appellido mixto. Figuram em primeiro lugar os crimes contra o Estado. E' a collocação usual, embora varias legislações, antigas (como o cod. bavaro) e modernas (como o codigo

VI

argentino e o peruano), preferiram dar a precedência aos crimes contra a vida das pessoas. ¹⁾

A terceira parte, destinada ás contrações, especifica, em treze capitulos, varias categorias de factos, alguns dos quaes absolutamente não merecem tão benevola qualificação. Está neste caso a fórmula de estellionato, que os franceses denominam "tricherie au jeu", definida no art. 372. Facil é respigar outros exemplos.

1) J. Oneca, **Derecho penal**, Madrid, 1922, p. 71 : — "Un Código penal moderno necesita llevar al frente de su parte especial los delitos contra la vida porque es el derecho a la misma el interés que por la protección penal de que disfrute cuando no por otras consideraciones, debe ser mirado como más sagrado por todos los ciudadanos". Gautier, no seio da segunda comissão de peritos encarregada de rever o projecto suisso, disse que os crimes contra o Estado não eram os mais frequentes, nem, em geral, os mais graves (**Procés verbal**, II, 143). Wach aconselha que se parta do mais simples (os crimes contra a pessoa) para o mais complicado (**Vergleichende Darstellung d. deut. und ausl. Strafrecht**, Berlin, 1908, part. geral, VI, 22) O projecto Galdino adoptou essa ordem. E tambem o do desembargador Sá Pereira.

LIVRO I

DOS CRIMES E DAS PENAS

TITULO I

DA APPLICAÇÃO E DOS EFEITOS DA LEI PENAL

Art. 1. — Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas.

A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissivel para qualificar crimes, ou applicar-lhes penas.

I. — A maxima da anterioridade da lei penal — “*nulum crimen, nulla poena sine praevia lege*” — acha-se consagrada na quasi unanimidade dos codigos penaes do mundo culto. E' um dos principios cosmicos do direito repressivo. Seu fundamento politico-juridico reside na necessidade de garantir a liberdade individual e a segurança do proprio direito. Com razão escreveu v. Liszt, relativamente á primeira destas funcções, que o codigo penal era a “*magna carta*” do delinquentè.

Argúe-se contra a exigencia de uma “*praevia lex*” que muitos factos reveladores da mais requintada perversidade, grandemente nocivos, podem, por causa della, ficar sem punição. A isto responde v. Bar que a sociedade não paga demasiadamente caro, com a renuncia a essa punição, o immenso beneficio que para a segurança juridica de seus membros promana da referida exigencia. 1). Contra ella se têm in-

1) **Gesetz und Schuld**, Berlin, 1906, I, p. 11.

surgido sociólogos e penalistas ; mas, consoante uma precedente observação, que fazemos nossa, a supressão do discutido aphorismo só se concebe se nos collocarmos em dois pontos de vista igualmente extremados : — se exagerrarmos a teoria da defesa social até identificar o delinquente com a féra, ou se fizermos predominar a consideração da qualidade do individuo até conseguir que o delinquente seja assemelhado ao enfermo ou ao infante. ¹⁾ ²⁾.

II. — A origem historica da mencionada maxima prende-se, no dizer de alguns, ás doutrinas da divisão dos poderes de Montesquieu, do “*syllogismo perfetto*” de Beccaria e da coacção psychologica de Feuerbach. E’ para esses de data relativamente recente. ³⁾. Outros, porém, a fazem remontar a uma época muito anterior. A verdade é que foi através de seculos, em países bem diversos, que o principio contido nessa curta paxomia se veio elaborando. Nenhum povo póde, com bons títulos, pretender-lhe a propriedade. ⁴⁾. A Constituição francesa de 1791 proclamou solennemente : — “... nul ne peut être puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au delit et légalement appliquée”. Este principio, repetido pelo *Code pénal*, de 1810 (art. 4), e pelo bavaro, de 1813 (art. 1), se irradiou rapidamente por todo o orbe civilizado. A Dinamarca, no seu código vigente e nos projectos de refórma (Goss, 1912, e Torp, 1914), permite a punição sem lei expressa anterior,

1) Luis Jiménez de Asúa, **El nuevo código penal argentino**, Madrid, 1928, p. 131.

2) Em uma bella pagina da sua **Zweck im Recht** (Leipzig, 1884, I, 429), escreveu v. Ihering que só em parte podia ser defendido o principio da “*prævia lex*”. Beling foi ao extremo, dizendo : — “Este dogma não tem na realidade cousa alguma que o justifique (**Die Lehre v. Verbrechen**, Tuebingen, 1906, 27)”. Entre os escriptores franceses, partidario da incriminação analogica é R. de la Grasserie, **Principes sociologiques de la criminologie**, Paris, 1901, 342.

3) Nesse sentido Binding, **Die Normen**, Leipzig, 1890, p. 12, n. 24. A sua tyrannia é de pouco tempo, diz elle (**Handbuch d. Strafr.** Leipzig, 1885, p. 17).

4) Schottlander, **Die geschichtliche Entwicklung des Satzes — Nulla poena sine lege**, Breslau, 1911, 3.

mediante criação analogica. O mesmo faz a Russia (Cod. de 1927, art. 16).¹⁾ Projectos revolucionarios, como o italiano de 1921 (Ferri) e o cubano de 1926 (Ortiz), não se animaram a ir tão longe.

III. — A exigencia da anterioridade da lei penal importa a impossibilidade do emprego retroactivo da mesma lei e a exclusão do direito costumeiro. Cumpre, todavia, não confundir o direito costumeiro proprio (*jus moribus constitutum*) e o improprio (*costumes sociaes, usos do commercio, etc.*). Os usos e costumes, em accepção natural, desempenham papel por vezes importante na determinação do conceito do facto criminoso e de sua illegalidade. São ainda, entre os factores de interpretação das leis penaes, um elemento precioso e não raro decisivo.²⁾

IV. — Sob a denominação de lei penal se comprehendem todas as normas dos poderes publicos competentes, que, ordenando ou prohibindo determinadas acções, comminam penas para a sua transgressão. Tambem regulamentos ou decretos do poder executivo, assim como tratados celebrados pelo Estado, podem conter normas dessa especie.³⁾ As leis penaes, no que concerne á sua elaboração e ao seu vigor, obedecem ás regras communs. Têm os juizes o direito-

1) O direito canonico não conhece o principio da "praevia lex".

2) M. E. Mayer, **Der allgem. Teil d. deut. Strafr.**, Heidelberg, 1915, 24. Um exemplo é sufficiente para mostrar a influencia dos costumes na applicação da lei penal: — como dizer se uma mulher é honesta (Cod., art. 268), sem attender aos usos e costumes da sociedade em que ella vive? E' possivel attribuir á "desuetudo" autoridade derogatoria da lei penal? A literatura na Allemanha é prevalentemente pela affirmativa (Lammasch-Rittler, **Grundriss d. oest. Strafr.**, Vienna, 1926, p. 20); mas, nos demais países, o contrario se verifica (Degois, **Traité élem. de droit. pén.**, Paris, 1912, n. 151; Florian, **Parte generale del dir. pen.**, Milão, 1926, n. 117; C. Calón, **Derecho penal**, Barcelona, 1926, p. 126). Neste sentido se deve decidir perante o nosso direito. Por uma opinião erronea — a da sua revogação implicita, não tem tido applicação o art. 284 deste codigo. Mas o desuso não pôde impedir que elle seja considerado em vigor. Curiosa é a disposição do art. 183 do cod. mexicano.

3) Haffer, **Lehrbuch d. schweiz. Strafrechts**, Berlin, 1926, p. 6; Ferri, **Principii di dir. crim.**, p. 127.

de lhes negar applicação, nos casos concretos, quando ellas se achem em evidente antagonismo com a lei fundamental.

V. — A palavra “facto” não tem na technologia juridica uma significação muito precisa: — indica ás vezes o lado objectivo da acção (incluindo ou não as alterações ou resultados produzidos no mundo externo), outras o contrario da acção, o producto do acaso, de uma vontade inconsciente ou coagida. Mui frequentemente serve para designar a acção com todos os seus elementos — a vontade, o movimento corporeo e o resultado — o todo como todo. Foi esse o sentido que lhe deu o legislador no dispositivo supra.

A palavra “crime” ahi está empregada com a maior anchura. Não abrange, com tudo, as faltas disciplinares. Com relação a estas não vigora, pelo menos em todo o seu rigor, o principio da “prævia lex”. ¹⁾

VI. — Não ha preceitos especiaes de hermeneutica para as normas de direito penal. ²⁾ Sómente em casos de duvida séria se deve excluir a interpretação extensiva. E nesses casos, a propria natureza das normas exige que se

1) M. E. Mayer, **ob. cit.**, p. 6. Em contrario: H. Nézard, **Droit disciplinaire**, Paris, 1903, p. 116 e seguintes.

2) De accordo com o texto a “communis opinio”. Em divergencia: E. Romano di Falco, **L'interpretazione delle leggi penali**, na **Scuola positiva**, 1917, 385, e 1918, 22; C. Calón, **ob. cit.**, p. 128; Ferri, **ob. cit.**, § 45. Do que escreve esse celebre criminalista merece transcrição o seguinte trecho: “A observancia das leis **taes como ellas são** é condição fundamental da communhão civil — “legum servi esse debemus, ut liberi esse possimus”. E é o meio mais suggestivo para a sua correcção por parte do poder competente. Se uma lei penal — substantiva ou processual — é errada ou já não corresponde ás condições sociaes, modificadas, o juiz que, applicando-a como ella é, lhe põe em evidencia a iniquidade ou os damnos, pratica um acto muito mais util e recto do que aquelle que, com a propria sentença, pretende corrigir ou substituir a lei. . . , levando assim á massa dos cidadãos a incerteza acêrca do que é permitido ou prohibido, isto é, frustrando dess'arte um dos mais caracteristicos objectivos e effeitos da justiça penal pratica, que é dar precisão concreta e quotidiana notoriedade ás normas do direito objectivo”. Estas palavras do eminente chefe da escola positiva significam uma formal condemnação do methodo chamado objectivo na interpretação das leis penaes.

observe a regra “in dubio pro mitiore”. Dessa especie de interpretação differe essencialmente a analogia. 1). Esta só é admissivel, quando o legislador lhe presuppõe a applicação (como nos arts. 236, 286 e 370) ou quando se trata de favorecer o criminoso (*analogia in bonam partem*). Nesta ultima hypothese, o motivo que explica a prohibição do processo analogico deixa de existir.

VII. — Não raramente nas leis penaes, como em outras, se infiltram erros de copia, publicação ou redacção. Os dois primeiros podem ser corrigidos por meio da critica e da interpretação. Os ultimos só por outra lei. Alguns escriptores permittem até nesta derradeira hypothese a rectificação judicial. Outros, nimiamente rigoristas, não a toleram em caso algum. 2).

1) Incorreu o codigo (o que foi uma imitação pouco feliz do portuguez) no erro de confundir os dois processos. Pretendendo repôr as cousas no seu verdadeiro pé (como se disse na exposição de motivos), o projecto Sá Pereira assim dispõe (art. 14): “A analogia é vedada **na interpretação** da lei penal, mas esta se applica em toda a comprehensão do seu preceito”. Não foi bem succedido. A analogia não é processo de hermeneutica. A prohibição absoluta representa um erro. A distincção está claramente accentuada no art. 2.º do recente cod. espanhol. Aliás, tinha razão Mittermaier, quando aconselhava: “o legislador não deve, por meio de advertencias geraes sobre interpretação, collocar os juizes no perigo de errar, e toma o melhor partido, quando se limita a dizer que são puniveis unicamente as acções e omisões ameaçadas de pena pela lei, deixando á sciencia os preceitos que dominam a arte hermeneutica (**Scritti germanici di dir. crimin.**, trad. de Mori, Napoles, 1847, IV, p. 19)”.

2) Sontag, **Die Redaktionsversehen des Gesetzgebers**, Freib., 1874; Merkel em v. Holtzendorff, **Handbuch d. Strafr.**, IV, p. 76; Meyer-Allfeld, **Lehrbuch d. dent. Strafrechts**, Leipzig, 1911, p. 84; Binding, **Handbuch**, § 98, e outros. Entre os italianos: Civali, **Trattato di dir. pen.**, Milão, 1912, I, p. 39. Demasiadamente restricta é a opinião de Carlos de Carvalho, **Nova consolidação**, art. 17.

Art. 2. — A violação da lei penal consiste em acção ou omissão ; constitue crime ou contravenção.

1. — A acção, no ponto de vista do direito, póde ser definida como o facto (procedimento) voluntario do homem que produz uma alteração no mundo externo.

Tres são os elementos que a compõem :

- 1.º) acto da vontade ;
- 2.º) mudança no mundo ambiente ; e,
- 3.º) entre ambos, um nexo de causalidade.

A vontade se exterioriza, em regra, por um movimento corporeo. Póde, porém, igualmente se manifestar pela ausencia ou falta de um movimento dessa natureza. Dahi o dualismo entre a acção e a omissão. A distincção é simplesmente terminológica. A omissão não representa cousa diversa da acção: — é apenas uma modalidade desta. A sciencia e a pratica estão de accordo nessa equiparação. ¹⁾ Fazem-na (como o nosso) varios codigos e projectos, aliás sem a menor necessidade. ²⁾ A mudança no mundo externo (como tal se considera tambem a parte subjectiva ou interna de nossos semelhantes). ³⁾ constitue o resultado (ou evento). Este póde ser proximo ou remoto, uno ou multiplo, passageiro ou duradouro. Para o direito punitivo, só tem relevancia o resultado que a lei prevê. Entre o resultado e a manifestação da vontade deve existir uma relação de causa e effeito.

Causa, no sentido philosophico, é o conjunto de todas as condições do resultado. Adoptado semelhante conceito, a determinação da causa exige um “regressus in infinitum”. Já alguém espirituosamente asseverou que, com

1) v. Rohland, *Vergl. Darstellung*, p. g., I, 365; M. E. Mayer, *ob cit.*, 103; Wachenfeld, *Strafrecht*, § 9: “A opinião dominante não vê na omissão mais do que uma acção negativa”. Contra: Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung f. das Strafrechtssystem*, 1904, 131.

2) Cod. norueguês, § 4; peruano, art. 3; espanhol, l. O projecto grego insere esta declaração superflua: “A acção no sentido da lei penal abrange tambem a omissão punivel”.

3) M. E. Mayer, *ob. cit.*, 111.

uma noção de tamanha amplitude, se faria assentar no banco dos réus o proprio Deus. Nunca a vontade humana pôde constituir, por si só, causa (*in hoc sensu*) de um evento. Mas a jurisprudencia é uma sciencia pratica. Porisso ella se contenta em descobrir a causa proxima do resultado (evento), abstando-se de levar a perquisição além de certo ponto. Todas as condições que formam a causa possuem o mesmo valor, são igualmente necessarias Não ha como destacar uma dellas e investil-a do attributo de “causa efficiens”. Nenhum inconveniente ha, porém, em que, laconicamente, se dê a uma dessas condições o nome de causa. A manifestação da vontade de uma pessoa é, desse modo, causa de um resultado, quando della se não pôde fazer abstracção, sem que o mesmo desapareça ou se altere (*conditio sine qua non*). Ella não deixa de ser causa pela circumstancia de não ser unica. Tambem a concausa é causa, no sentido juridico. ¹⁾ Quem desfecha em outrem uma arma de fogo, que produz ferimento, é causa da morte do offendido, se este vem a fallecer, embóra isto se dê pela circumstancia concomitante de condições personalissimas da victima ou pela, superveniente, da falta do necessario tratamento medico. A culpa de um terceiro (*exempli gratia*, do enfermeiro) ou o proceder imprudente ou negligente do offendido não excluem o nexu causal. *Culpa laedendis culpa laesi non compensatur*. O mesmo não ocorre, porém, quando intervem uma nova e diversa relação causal. Exemplificando: a cosinheira A., com o designio de matar o patrão, prepara a comida, adicionando-lhe certa dóse de veneno. Mas o patrão, antes de servir-se do alimento, soffre inopinada aggressão e é trucidado por inimigos. A. não pode ser tida como causa deste resultado. Falla-se, habitualmente, em casos dessa especie, de interrupção do nexu de causalidade. Enorme absurdo é esse. Tal nexu existe ou não existe; mas não pôde ser interrompido. ²⁾

1) v. Liszt-Schmidt, *Lehrbuch d. deut. Strafr.*, Leipzig, 1927, § 29.

2) M. E. Mayer, *Der Causalzusammenhang zw. Handlung und Erfolg*, Leipzig, 1899, 94: “Uma relação de causalidade interrompida é um ferro de madeira, uma *contradictio in adjecto*...”

Os criminalistas allemães têm dedicado a estes dois problemas — o da acção e o da causalidade, profundos e admiraveis estudos. A respeito desta ultima, a doutrina que entre elles conta com maior numero de adhesões é a da equipolenciã de todas as condições. Mas não têm sido poucos, nem pequenos os esforços para attribuir a uma dentre ellas exclusivamente a qualidade de causa. Para Birkmeyer, como causa se deve designar a condição de maior efficacia. 1). Para Kohler, que distingue entre as forças impellentes e a atmospherã em que as mesmas se produzem, só as primeiras constituem causa. 2). Para Binding, causa é a condição que perturba o equilibrio entre as demais condições (favoraveis umas, desfavoraveis outras) e imprime direcção decisiva para o resultado (teoria da preponderancia). 3). Para uma pleiade brilhante desses escriptores (Ruemelin 4), v. Rohland 5), Liepmann 6), Traeger 7) e outros, causa é a condição que regularmente produz o resultado de que se trata (teoria da causação adequada). A existencia de uma causação dessa natureza se determina por uma prognose posterior (*nachtraegliche Prognose*), subjectiva, no entender de uns, objectiva no de outros. Estas varias teorías visam, na realidade, não fixar a noção da causa, mas limitar ou excluir a responsabilidade juridica em certos casos. Padecem, pois, do defeito de confundir duas questões que são substancialmente distinctas e que como taes devem ser sempre tratadas — a da causação e a da responsabilidade.

Desde meado do derradeiro seculo se discute vivamente na Allemanha a possibilidade de ser considerada como causal a omissão. Muitos a têm negado, recordando o principio “ex nihilo nihil”. Outros, entretanto, se esfor-

1) **Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang**, na revista **Gerichtssaal**, XXXVII, 27, e **Teilnahme**, 1890, 79, e seguintes.

2) **Studien aus dem Strafrecht**, 1890, I, 83 e seguintes.

3) **Die Normen** (2.^a ed.), I, 112, e II, 224.

4) **Die Verwendung der Kausalitaetsbegriff im Strafr.**, 1900.

5) **Die Kausalitaetslehre des Strafrechts**, 1903.

6) **Einleitung in des Strafr.**, Berlin, 1900, § 5.

7) **Der Kausalbegriff im Straf — und Zivilrecht**, 1904.

çam por demonstrar a these contraria, architectando teorias, mais ou menos engenhosas e sabias. A primeira, na ordem chronologica, é a de Luden ¹⁾, para quem a causalidade da omissão se encontra na acção (positiva) praticada ao tempo desta. Glaser ²⁾ e Merkel ³⁾ descobrem o momento causal na acção anterior de que se originou o dever juridico de agir. v. Buri ⁴⁾, Bierling ⁵⁾ e Buenger ⁶⁾ em não deixar (o omittente) que surja ou se imponha uma vontade contraria ao evento (resultado) ou confórme á consciencia do dever (teoria da interferencia). Neste grupo deve ser incluido Binding, para quem a causalidade da omissão está na suppressão de uma condição impositiva do evento. Além destas, varias outras teorias foram expendidas, conquistando maior ou menor numero de suffragios. Modernamente, sobretudo depois de M. E. Mayer ⁷⁾, se chegou á convicção de que o problema não tinha a importancia e a difficuldade que lhe haviam attribuido: — isoladamente, não podia por certo a omissão ser causa do evento; mas, como uma das condições que para elle concorriam, a sua causalidade era igual á das outras — valia a omissão tanto quanto uma actividade positiva. Neste sentido é a corrente mais adeantada da literatura allemã.

A questão da causalidade só tem importancia relativamente aos delictos chamados materiaes. ⁸⁾. As legisla-

1) **Abhandlungen**, I, II.

2) **Abhandlungen**, 287 e seguintes.

3) **Abhandlungen**, I, 76 e seguintes.

4) **Abhandlungen**, 113.

5) **Jur. Prinzipienlehre**, II, 30.

6) **Ob. cit.**, ed. loc.

7) **Der allg. Teil**, p. 149; v. Liszt-Schmidt, **ob. cit.**, 330, II.

8) A teoria da causalidade não tem despertado nos outros países o mesmo apaixonado interesse que encontrou na Allemanha, onde deu origem a uma literatura superlativamente rica. Na Italia, com ella se occupou, em 1888, Perroni-Ferranti, que, resumindo as opiniões dos escriptores allemães, se inclinou pela de v. Bar (causação adequada), com algumas modificações. Outros criminalistas, posteriormente, trataram do assumpto, a proposito dos delictos culposos (Stoppato, Mosca e Tosti). Notaveis escriptos publicou Antilosei, o primeiro, sob o titulo — **La questione del rapporto di causalità**

ções em regra só responsabilizam o agente pelos resultados immediatos. Muitos, porém, são os casos em que estendem a responsabilidade aos mediatos. Alguns exem-

nel **dir. penale**, na revista **Progresso del dir. penale**, 1912 e 1913, e o segundo, intitulado — **Rapporto causale**, na **Riv. di dir. e procedura penale**, 1913, I, ps. 75 e 137. Sectario da teoria da **conditio sine qua non**, elle entende rectifical-a ou completal-a com os conceitos da concausa e da interrupção da causalidade (no sentido de falta de um nexo causal relevante para o direito). Eis como elle formula as suas conclusões: “Concausa é a condição fortuita, preexistente ou superveniente, que coopera com a acção do homem para a determinação do resultado (evento). A interrupção da causalidade se verifica, quando á acção sobrevem uma condição fortuita (acontecimento da natureza ou facto do homem) que realiza o resultado (evento) mediante uma cadeia causal nova e independente. A concausa não exclue a responsabilidade do homem pelo evento, mas apenas a diminue. Verificando-se a interrupção da causalidade, o homem não responde pelo evento concreto, mas pelo que se teria realizado sem a superveniencia do fortuito”. No ponto de vista das idéas da escola positiva, entende Florian que a teoria que com ellas mais se harmoniza é a da causação adequada. Elle confessa o pouco estudo do problema em sua patria. Referindo-se á França, disse Gueux, na primeira monographia que, na lingua desse país, se publicou a respeito dessa interessante materia, que esta alli se achava “entiérement dedaignée” (**Rélation de cause á effet dans les obligations extra-contractuelles**, Lausanne, 1904, p. 14). Dez annos depois, apparecia a these de Marteau, **La causalité dans la responsabilité civile** (Aix, 1914), onde as opiniões dos escriptores allemães foram longamente expostas e analysadas. Tambem Demogue, nas suas **Obligations**, IV, n. 365 e segs., as examinou. Os criminalistas franceses não tratam especialmente do assumpto. Fricam a necessidade de um nexo causal entre a acção e o resultado, mas não se cançam com investigações mais profundas. A questão da causa é para elles uma questão de facto, entregue á decisão dos juizes em cada caso concreto. Por amor á brevidade, podemos classificar em dois grupos os outros países: — um em que o influxo da sciencia allemã se faz sentir, mais ou menos, poderosamente; outro, em que esse influxo é quasi nullo ou não existe. No primeiro, o problema da causalidade constitue objecto de cuidadosos estudos. Haja vista a Suecia, cuja literatura se pôde orgulhar da magnifica dissertação de Thyren, **Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitaetstheorien**, 1894. No segundo, do importante e difficil problema se não cogita. Um estudo de direito comparado a respeito, se bem que algum tanto atrasado, se encontra em G. Kueck, **Die Lehre vom Kausalzusammenhang im ausl. Strafr.**, Breslau, 1911.

plos colhidos em nosso código: Quem pratica qualquer dos crimes de perigo *commum* definidos no cap. I, do tit. III, responde pela morte ou lesão corporal que vier a soffrer algum dos circumstantes, muito embora ahi só se trate de um resultado mediato (art. 146). Quem envenena fontes publicas ou particulares, tanques ou viveiros de peixe, e viveres destinados ao consumo publico responde pela morte de alguma pessoa que do facto resultar — resultado tambem mediato (art. 161). Quem commette o crime de lesões corporaes é responsavel pelas consequencias — a gravidade superveniente e a morte do offendido, ainda que mediatas. Attende-se em taes casos exclusivamente á causalidade. Systemas juridicos mais perfeitos não se satisfazem com isso: exigem o elemento subjectivo da possibilidade da previsão. E' modelar a respeito o § 43 do código norueguês. 1).

Não passaremos a outro assumpto sem reproduzir a seguinte observação de Stooss: "A lei da causalidade é uma lei natural. O legislador não póde modificál-a; póde, porém, admittir uma relação causal, onde ella realmente não exista, e negal-a, onde exista. Taes ficções, entretanto, repugnam ao sentimento da verdade do direito penal e dellas não se tem necessidade alguma". 2).

1) Como consequencia da vigorosa campanha que se moveu contra a responsabilidade pelo resultado, sem dependencia do elemento subjectivo da culpa, campanha em que se salientou a União Internacional de Direito Penal (reunião do grupo allemão em Strasburgo, em 1900, e assembléa geral em S. Petersburgo, em 1902), se nos depara nos modernos projectos (checo-eslovaco, § 16; allemão, 1927, § 15; grego, art. 15, etc.) um preceito semelhante ao citado. Sobre a responsabilidade pelo resultado, muito bem Radbruch, na *Vergl. Darstellung*, p. g., II, 227 e seguintes.

2) Por imitar o código italiano, o nosso, tratando do homicidio doloso, restringiu arbitrariamente a noção da causalidade, reconhecendo a influencia minorativa de duas concausas: — a das condições personalissimas do offendido e a da falta de observancia do necessario regime medico-hygienico. Reina uniformidade de opinião, cousa rara e assás significativa, entre quantos se têm occupado com essa parte de nossa lei penal: todos a censuram, mais ou menos acrimoniosa mente (Carvalho Durão, *O Direito*, LV, 540; Sousa Lima, *Rev. de Jurisp.*, XX, 1899; Vieira de Araujo, *Cod. pen. comm.*, II, 411; João Mon-

II. — Na distincção entre a acção e a omissão se baseia a divisão dos crimes em commissivos e omissivos. Os primeiros são violações de normas proibitivas, isto é, que vedam certos actos ou a producção de certos resultados ;

teiro, *Rev. da Faculdade de S. Paulo*, II, 84 ; etc.). O systema de concausas acolhido pelo legislador patrio dá lugar aos maiores absurdos e ás mais clamorosas injustiças. O homicidio doloso, segundo nosso codi-go, se divide em duas classes ; e para cada uma dellas foram estabelecidas penalidades diversas, attendendo-se á gravidade das circumstancias occorrentes. Basta, entretanto, que intervenha uma concausa para que a distincção perca inteiramente de valor. A concausa não opera em relação ao delicto perpetrado, como acontece nos codigos da Italia e do Uruguay. As penas do homicidio concausal são inferiores ás da simples tentativa no homicidio commum. As concausas não são attendidas no homicidio culposo, nas lesões corporaes e em outros crimes a que ellas podiam tambem ser applicadas. Tudo isto mostra a que absurdos arrastou a idéa de limitar o conceito da causalidade. Tambem o systema italiano, aliás mais perfeito do que o nosso, não produziu resultados satisfactorios, ficando assim justificada a repugnancia com que elle foi acolhido. Os criminalistas desse país acabaram se convencendo do erro commettido. O voto de Alimena — “noi vorremo veder cancellata dai codici ogni nozione relativa alla concausa.” (*Enciclopedia penale*, de Pessina, IX, 295) foi ouvido pelos organizadores do projecto Rocco. O art. 43 prescreve : “Ninguém póde ser punido por falta que a lei haja previsto como crime, se o evento danoso ou perigoso, de que depende a existencia do crime, não seja consequencia da sua acção ou omissão. Não impedir um evento, que se tem obrigação de impedir, equivale a causal-o”. Relativamente ás concausas, dispõe a primeira alinea do art. seguinte : “O concurso de causas preexistentes ou supervenientes, ainda que independentes da acção ou omissão do culpado, não exclue a relação de causalidade entre a acção ou omissão e o evento”. Quanto á intervenção de causa estranha, diz a segunda alinea : “As causas supervenientes sómente excluem a relação de causalidade quando sejam, por si sós, sufficientes para a determinação do evento. Em tal caso, se o factio precedentemente commettido constituir por si mesmo crime, se applica a pena para este estabelecida”.

O projecto brasileiro (Sá Pereira) não conhece o homicidio concausal. Em um unico artigo (art. 35), na parte geral, elle congloba a noção do dolo e o preceito (mutuado do projecto Rocco) concernente á chamada interrupção do nexa de causalidade, duas cousas inteiramente diversas. Nada diz pro priamente sobre esse nexa. E qualifica como “concorrente” a causa estranha que o exclue. Muito mais perfeito o projecto fascista.

os segundos, muito menores em numero e gravidade, de normas preceptivas, quer dizer, que impõem um determinado modo de proceder. Os crimes omissivos sóem ser divididos em proprios e improprios. Os primeiros (*delicta omissionis*) nenhuma difficuldade apresentam. Tudo se reduz a um exame dos elementos constitutivos de seu conceito legal. Exemplo frisante de um crime dessa especie nos ministra o codigo, quando, no artigo 293, § 2.º, pune com a pena de prisão cellular por 1 a 6 meses “aquelle que, encontrando recém-nascido exposto, ou menor de sete annos abandonado em lugar ermo, não o apresentar ou não der aviso á autoridade publica mais proxima”. Entre as contravenções muitas são puramente omissivas. Os segundos (*delicta per omissionem commissa*), esses, sim, abrem margem a interessantes controversias. Já vimos uma dellas.

Ninguém contesta que certos crimes, que presuppõem, para sua existencia, a pratica de actos positivos por parte do delinquente, podem ás vezes ser perpetrados por omissões ou actos negativos. Em seu art. 298, nos proporciona o codigo um exemplo typico a proposito : — o infanticidio pode ser commettido, tanto por meios activos, como pela recusa á victima dos necessarios cuidados. Para que, por omissão, alguém pratique um delicto commissivo, duas condições são imprescindiveis : a) que esse alguém tenha possibilidade de agir, isto é, de evitar que o resultado previsto pela lei se realize ; b) que lhe corra o dever — dever juridico, de o fazer. Quem, podendo e devendo, em virtude de uma obrigação legal ou convencional, acudir a uma pessoa que se afoga, ao tomar banho em uma praia maritima, se abstem voluntariamente (por dolo ou culpa) de o fazer, responde como homicida. Esta solução se antolhará a muitos duvidosa, porque a relação de causalidade entre a abstenção e a morte da pessoa não soccorrida não se patenteia ao primeiro exame. Mas sem razão : essa relação existe. 1).

1) Sobre o assumpto : Maurice Gand, *Le délit de commission par omission*, Paris, 1900 ; Landsberg, *Die sog. Kommissiondelikte durch Unterlassung*, Freiburg, 1890 ; P. Merkel, *Begehung*

Para que implique a responsabilidade criminal, a obrigação de agir, a que nos referimos, deve derivar de um preceito positivo de ordem jurídica, de uma convenção expressa, ou de um acto anterior, que, capaz de produzir o resultado, não seja, por vontade de quem o praticou, obstado de chegar a esse ponto, dolosa ou culposamente. É exemplo deste ultimo caso o do medico que, realizando uma intervenção cirurgica, que pôde ter como consequencia a morte do operado, deixa de empregar os recursos indicados pela sciencia e ao seu alcance para evitar que essa consequencia sobrevenha, por dolo ou por culpa. Alguns escriptores restringem a alludida obrigação ao caso de um dispositivo legal que a imponha. Deveres moraes de assistencia ou caridade não são bastantes. Como bem assignala o criminalista Hafter, a evolução legistiva revela nos ultimos tempos um aumento de delictos de omissão propriamente ditos. O direito penal da actualidade exige mais do que antes acontecia uma operosidade, um auxilio em prol dos outros e da sociedade. Especialmente no moderno direito policial são numerosas taes infracções. 1).

III. — As legislações do nosso tempo, em sua maioria, dividem as acções puniveis em dois grandes grupos : — crimes e contravenções. A simplicidade deste systema, predicado de summa importancia em qualquer classificação, justifica, independentemente de outras razões, a preferencia

durch Unterlassung, 1895 ; Redslob, **Die Kriminelle Unterlassung**, Breslau, 1909 ; Traeger, **Das Problem der Unterlassungsdelikte**, 1913 ; O. Vannini, **I reati commissivi mediante omissione**, Roma, 1916 ; Tejerina, **Teoria de los delitos de omision**, Madrid, 1918.

1) Excelente estudo de legislação comparada é a dissertação de R. Graesel, **Die Unterlassungsdelikte im auslaendischen Strafrecht**, Breslau, 1909. Interessante a seguinte disposição (art. 27) do recentissimo código espanhol : “Constituirá en todo caso omisión punible la de quien estando en condiciones de prestar auxilio, sin perjuicio ni riesgo propio, no realice los actos que estén a su alcance y sean necesarios para evitar los daños y peligros que puedan sufrir personas o cosas”. Dá a lembrar o velho proverbio francês : — “qui peut et n’empêche, pêche”. Daquella se pôde dizer o que deste disse Garraud : — “plus une formule théologique qu’une formule pénale”.

que lhe tem sido dada. Allega-se em favor da divisão tri-chotomica, que os franceses em geral ainda sustentam, a sua utilidade pratica, consistente em determinar automaticamente a competencia dos diversos tribunales repressivos. Esta é, no dizer de Roux, a grande superioridade da classificação adoptada pelos redactores do codigo de sua patria. Mas este argumento somente pode ter algum valor para os países cuja organização judiciaria estabeleça juizes diferentes para cada uma das tres classes de infracções. Onde isso se não verifique, desaparece a apregoada utilidade. O codigo allemão ainda em vigor acolheu a divisão trimembre. A despeito da critica quasi unanime de quantos examinaram o respectivo projecto, venceu a tradição do direito prussiano e bavaro. Essa tradição, sob color de "costume juridico do povo allemão", se vae perpetuando nos projectos. Quando, no seio da commissão de peritos, nomeada para examinar o ante-projecto Stooss, se discutiu, em primeira leitura, a parte relativa á divisão das acções puniveis, ninguem se pronunciou pela adopção do systema franco-allemão. Unanimemente a commissão se manifestou pela divisão bipartida. O autor do ante-projecto lembrou que todos os criminalistas que com o mesmo se haviam occupado — Lammasch, v. Lilienthal, v. Liszt, Merkel, Wach — haviam-se externado em prol da bipartição. Gretener, por sua vez, recordou que de doze professores allemães e austriacos que haviam emittido opinião sobre o projecto russo, todos (com excepção apenas de Salomão Mayer) tinham pensado do mesmo modo. Na segunda commissão nenhuma discordancia appareceu. Gautier observou que a divisão tripartida estava quasi que geralmente condemnada; e que ella apresentava numerosos inconvenientes. De harmonia com a opinião unanime de seus criminalistas, teóricos e praticos, a Suissa consagrou em seus projectos a classificação binaria. Esta é adoptada, na Europa, pela legislação hollandesa, pela italiana, norueguesa e turca. Em nosso continente os codigos mais modernos tambem o fazem. Se no penultimo dos codigos postos em vigor — o espanhol, e em alguns projectos — como o romeno e o grego, ainda apparece o syste-

ma franco-alemão, deve isso ser explicado pela *vis inertiae*. Andou bem o nosso código, bipartindo as acções puniveis em — crimes e contravenções. ¹⁾

1) No congresso penitenciario internacional de Paris (1895) e nas reuniões da U. I. de Direito Penal de Lisboa (1897), Munich (1898) e Budápest (1899), se discutiu e alvitrou a abolição da divisão trichotomica. Contra ella muito bem A. Prins, **Science pénale et droit positif**, Bruxellas, 1899, p. 82 e seguintes.

Art. 3. — A lei penal não tem effeito retroactivo ; todavia o facto anterior será regido pela lei nova :

- a) se não fôr considerado passivel de pena ;
- b) se fôr punido com pena menos rigorosa.

Paragrapho unico. — Em ambos os casos, embora tenha havido condemnação, se fará a applicação da nova lei, a requerimento da parte ou do ministerio publico, por simples despacho do juiz ou tribunal, que proferiu a ultima sentença.

A prohibição de attribuir ás leis efficacia sobre o passado (no sentido em que isto se concebe) está expressamente consignada em quasi todas as legislações modernas. Em alguns países, como, exemplificando, na União norte-americana (Const., 1, § 9, n. 3) e no nosso, figura até como garantia constitucional. Por quasi toda parte, porém, se reconhece não conter esse principio o character absoluto que apparenta. No direito civil patrio, a irretroactividade das leis significa unicamente — respeito aos direitos adquiridos, aos actos juridicos perfeitos e ao caso julgado (*Cod. civ., art. 3.º*). No direito penal — a impossibilidade de ser o delinquente punido com pena mais grave do que a comminada pela lei em vigor ao tempo da perpetração do delicto. A lei nova que já não considera o facto anterior como passivel de pena ou que o pune com pena menos rigorosa se applica retroactivamente. E' o que dispõe o artigo supra.

Estas restricções ao dogma da irretroactividade estão de accôrdo com o que prescrevem os codigos em sua maioria. Varios dentre elles, os mais syntheticos, como o allemão, o hollandês e outros, não fazem referencia especial á hypothese de extincção do character delictuoso de um facto antes qualificado como crime. Têm-na como supervacanea.

II. — Examinemos as duas excepções.

A primeira, relativa ao caso de já não ser o facto anterior considerado como sujeito á sancção da pena, facilmente se justifica. Desde que o Estado reconhece o erro contido na qualificação antecedente ou se convence de que as novas condições sociaes não mais exigem a medida da re-

pressão penal (arma de dois gumes, que não só fere o delinquente, mas também a sociedade), não pôde, sem se pôr em contradicção consigo mesmo e sem olvidar os proprios interesses, continuar a applicar a lei antiga.

A segunda — ser o facto anterior punido pela lei nova com pena mais benigna — repousa em considerações da mesma natureza : reconhecida a pena antes comminada ou imposta como demasiadamente severa e, conseguintemente, como, em parte, desnecessaria e injusta, não é licito ao legislador, sem menosprezo da logica e da razão, pretender que continue a mesma lei a ser observada. Criminalistas do maior renome contestam o valor destes fundamentos ; e sustentam que o emprego da lei nova só se explica por motivos de ordem psychologica (*humanitatis causa*) ou de politica criminal.

Se a nova lei, em vez de cancellar inteiramente certo facto do catalogo dos crimes, dispuzer apenas que elle durante um periodo de tempo, mais ou menos prolongado, não será punido (suspensão da lei), o beneficio dahi resultante aproveitará ao autor de um facto da alludida categoria anteriormente praticado. ¹⁾

Leis ha que são promulgadas com character transitorio ou excepcional, destinando-se a vigorar em quanto não se realizarem ou perdurarem certas condições. Essas leis, que denominaremos contingentes ou exceptionaes, não devem ser confundidas com as temporarias, isto é, aquellas que vedam a pratica de determinadas acções dentro de prefixado espaço de tempo (ex.: prohibem a importação de armas durante uma quadra revolucionaria).

A jurisprudencia francesa, pacificamente, dá para ambos os casos, sem aliás distinguil-os, a mesma solução : essas duas especies de leis, cessada a sua vigencia, não mais se applicam. ²⁾

1) Olshausen, **Kommentar z. Strafgesetzbuch**, Berlin, 1916, § 2, n. 16 ; Schwartz, **Das Strafgesetzbuch**, Berlin, 1914, § 2, n. 13.

2) Garçon, **Code penal annoté**, art. 4, n. 44 ; Roux, **Droit pénal**, n. 35.

A italiana também assim resolvia ; mas, ultimamente, a Côte de Cassação se tem pronunciado em sentido contrario á applicação a essas leis do artigo 2.º do Cod. penal, quando prescreve a retroactividade da lei mais favoravel ao delinquente. Entre os escriptores alguns commungam nessa maneira de ver ; ¹⁾ e outros, em diametral divergencia, entendem que essa retroactividade tem também em taes casos perfeito cabimento. ²⁾ Ferri assume uma posição intermedia : pensa que a nova lei se applica no caso das leis contingentes ou excepçoes e não no das temporarias. ³⁾

Tambem na Allemanha o assumpto tem sido objecto de dissensões. A opinião alli dominante, se não nos enganamos, é a que distingue as leis contingentes ou excepçoes das temporarias, negando, neste ultimo caso, a applicação retroactiva da lei mais branda. ⁴⁾ Os primeiros projectos de nova codificação penal, nesse país (1909, 1913 e 1919), declaravam a impunidade da acção por haver a lei cessado de vigorar. Os dois ultimos (1925 e 1927), porém, tomaram rumo opposto. Assim preceituam (§ 2) : “Disposições que hajam sido estabelecidas em virtude de circumstancias especiaes de facto se applicarão a actos praticados durante a sua vigencia, ainda que, pelo desaparecimento das alludidas circumstancias, tenham deixado de vigorar”.

Com identica orientação, o projecto Rocco attribue ás leis excepçoes ou temporarias a chamada ultra-actividade.

Em nosso país, não nos consta que questão identica se haja suscitado. Nós a resolveriamos, na ausencia de uma

1) Arangio Ruiz, *Efficacia delle leggi pen. temporanee*, na *Riv. Penale*, 1896, p. 14 ; G. Fontana, *Se l'art. 2 del codice penale sia applicabili alle norme penali concernenti l'approvvigionamento . . . in occasione della guerra*, na *Riv. di dir. e proc. pen.*, 1920, p. 79 ; Civoli, *Trattato*, I, p. 96.

2) Raggi, *Sulle leggi pen. temporanee*, na *Riv. di dir. e proc. penale*, 1918, 81 ; Manzini, *Trattato di dir. pen.*, I, n. 152 ; Florian, *Parte generale*, I, p. 216.

3) *Principii*, p. 146, n. 1.

4) v. Liszt-Schmidt, *Lehrbuch cit.*, § 19, II. Binding, *Handbuch*, 258, expõe e criterio differencial dessas duas especies de leis. E' a teoria appellada do motivo, dominante na jurisprudencia allemã.

norma derogatoria do principio da applicação retroactiva da lei mais benigna, por essa applicação. 1).

Entre a velha e a nova lei, póde ter vigorado, mais ou menos passageiramente, uma outra, de maior benignidade. Deve ser ella applicada de preferencia ás outras duas? A duvida surgiu em França, logo nos primeiros annos após a promulgação do codigo de 1810; e foi decidida pelos tribunales affirmativamente. Allegou-se, como fundamento para essa solução, que o delinquente tinha direito adquirido á pena mais branda da lei intermedia. Sem embargo da inanidade desse argumento 2), a doutrina, nesse país e fóra d'elle, esposou a referida solução, que passou a figurar em muitas legislações (cod. allemão, § 2; hollandês, 1; italiano, 2; e outros). Codigos modernos, como o argentino (art. 2.º) e o peruano (art. 7.º) ainda conservam esse "excesso de philo-criminalismo". 3). O norueguês, um dos mais perfectos, repelle a applicação da lei intermedia.

Qual a opinião que se deve adoptar em face do artigo de nosso codigo, que commentamos?

O texto não favorece uma exegése no sentido da applicação da lei intermedia. Escasseiam razões de bons quilates que aconselhem semelhante applicação. Só a benignidade para com o delinquente a explica. 4).

1) **De jure condendo**, parece-nos recommendavel a solução contraria. Adoptam-na tambem os projectos polacos.

2) A idéa de um "direito adquirido" é corrente entre os criminalistas franceses e italianos. Entretanto, nada mais erroneo: — ella esquece a profunda differença que distingue as relações, de direito publico, que se estabelecem entre o Estado e o delinquente e as relações obrigatorias, de direito privado, que dão lugar ao direito adquirido. Traeger, *Vergl. Darstell.*, p. g., p. 348; v. Bar, *Gesetz u. Schuld*, I, p. 74; Gabba, *Della retroattività in materia penale*, Pisa, 1869, p. 66 e seguintes.

3) Ferri, *ob. citada*, p. 144, n. 1.

4) Pela applicação da lei intermedia, em nosso país: Filinto Bastos, *Lições de dir. pen.*, Bahia, 1899, p. 31; Galdino Siqueira, *Dir. pen. brasileiro*, I, n. 32. No sentido dessa applicação os projectos J. Vieira e Galdino. Mais plausivelmente, em contrario, o actual.

Na Allemanha, a grande maioria dos escriptores reprova semelhante applicação. Apesar disso, os projectos (inclusive o de v. Liszt

A apreciação do rigor da lei deve ser feita em concreto. Mais benigna é a que menos offende a liberdade, o patrimonio ou a pessoa do delinquente. Nem sempre é tarefa simples determinar, entre duas penas, qual deva ser reputada menos rigorosa. 1). Para proferir uma decisão conscienciosa e acertada, deve o juiz attender a todas as circumstancias do caso submettido ao seu exame.

A pena de multa é sempre menos rigorosa do que a de prisão.

E' mais benigna a lei que torna dependente de queixa do offendido ou de seu representante legitimo o processo criminal.

E tambem aquella segunda a qual o crime se pôde considerar prescripto.

Não é licito aos juizes empregar alguma ou algumas disposições da nova lei e outra ou outras da antiga, coordenando-as, pois isso será applicar uma lei que não existe, talvez um monstro juridico. 2).

III. — Seguindo o exemplo de algumas legislações estrangeiras, manda o nosso codigo applicar a pena menos rigorosa, ainda que tenha havido condemnação; isso mediante um simples requerimento da parte ou do ministerio publico. E dá competencia para esse acto ao juiz ou tribunal que houver proferido a ultima sentença. 3). O assumpto — a re-

Goldschmidt e outros) mantêm o **statu quo**, isto é, mandam, como o cod. vigente, attender á lei intermedia.

Na Italia, o phenomeno é inverso: os criminalistas, em sua generalidade, são favoraveis a essa applicação; os projectos (Ferri e Rocco) a repellem. Tambem o fazem os projectos suissos.

1) Alvitram criminalistas espanhóes (Dorado, Silvela, C. Calon) deixar ao réu, nesse caso, a facultade de escolher entre as duas leis. O codigo ha pouco promulgado acceitou em parte a suggestão: manda ouvir o mesmo réu, Contra a alludida facultade: Peco, **La reforma penal argentina**, p. 181.

2) O projecto Sá Pereira declara no artigo 16: "A lei por applicar será sempre uma só, aquella que, em seu conjuncto, o juiz considerar mais benigna". O principio é pacifico. A disposição superflua.

3) Não falla o codigo em applicação **ex officio**. E' explicito, permittindo-a, o novo codigo espanhol. O projecto Sá Pereira diz que "os effeitos beneficos da lei posterior produzem-se de pleno direito,

troactividade da *lex mitior* deante da cousa julgada — em parte alguma foi tão brilhantemente debatido como na Italia por ocasião da elaboração do código vigente. Razões sobretudo de oportunidade fizeram vencer, por diminuta maioria, salvo no caso de deixar o facto de ser delictuoso, a intangibilidade da condenação transitada em julgado. Os códigos em geral, ainda os de data mais proxima (exceptuados o argentino, o peruano e o espanhol), não reconhecem a efficacia da lei nova mais benigna, quando já existe uma sentença irreccorível. Os motivos em que se estribam são de insegura consistencia. O principal delles — o respeito á autoridade da cousa julgada, não passa de fetichismo por uma presumpção. A applicação da *lex mitior* não põe em duvida a justiça — a conformidade com o direito e a verdade dos factos — da sentença proferida; portanto, não a ataca. Absurdo é que, em reverencia á magestade da cousa julgada, continúe o poder social a executar um castigo por elle proprio declarado inutil. ¹⁾ O código patrio esposou a unica solução logica e justa. Inconvenientes praticos não nos consta que tenham occorrido.

A competencia para a determinação de quem deva applicar a nova lei é materia de direito adjectivo. Pertence, deops da Constituição, á esphera jurisdiccional dos Estados.

IV. — As leis interpretativas se applicam aos factos anteriores?

A nossa opinião é que sim, mas somente quando favoraveis ao culpado. Fazemos nossas as palavras de um dos grandes mestres italianos: "... non può dirsi violata quella legge, il cui dettato era monco ed incerto prima que la interpretazione autentica venisse fuori". ²⁾ Não poucas vezes,

ouvido sempre o Ministerio Publico". Sem a clausula final o preceito é identico ao do art. 2, al. 3 do código argentino. A respeito Herrera, *La reforma penal*, p. 36 e seguintes.

1) Haus, *Principes de droit pénal belge*, I, 186.

2) Pessina, *Elementi di dir. pen.*, I, p. 101; Gabba, *Teoria dela retroattività*, II, 355 e segs.; Ugenti, *Sulle leggi interpretative in materia penale*, na *Riv. di dir. e proc. pen.*, 1916, maio; Galdino Siqueira, *ob. cit.*, I, n. 35.

leis baptizadas com o nome de interpretativas contêm, em lugar de uma *explicatio*, uma *implicatio*. E' isto mais um motivo para que se lhes recuse effeito retroactivo, em damno do culpado.

As leis formularias se applicam tanto aos processos pendentes como a aquelles que, posteriormente, sob seu imperio, são postos em juizo, embóra referentes a factos anteriores.

Quanto ás leis reguladoras da jurisdicção e competencia, cumpre distinguir : quando se trata de leis excepcionaes, promulgadas contra determinadas classes de individuos ou de crimes, não é possivel dar-lhes effeito retroactivo, sem que com isso se estabeleça o mais deploravel despotismo.

V. — Os modernos codigos e projectos prescrevem, alêm das penas, medidas de segurança e protecção. Não se applica a taes medidas, o que resulta de sua propria natureza e de sua finalidade, a regra da *lex mitior*. 1) 2).

1) Os projectos allemães, austriacos e italianos inserem disposição expressa a respeito. Hafter (*Lehrbuch*, p. 47, n. 1) reputa isso desejavel. Assim não entendeu o organizador do projecto brasileiro. A razão está com o criminalista suizo.

2) Sobre o imperio das leis penaes no tempo, especialmente : Traeger, na *Vergl. Darstellung cit.*; Olivi, *Reati e pene in ordine al tempo*, em Cogliolo, *Trattato teorico e prat. di dir. penale*, Milão, 1888, I, p. 2, parte 479 e seguintes; e Meynne, *Essai sur la retroactivité des lois repressives*, Bruxellas, 1863.

Art. 4. — A lei penal é applicavel a todos os individuos, sem distincção de nacionalidade, que, em territorio brasileiro, praticarem factos criminosos e puniveis.

Incluem-se na definição de territorio brasileiro:

- a) os portos e mares territoriaes ;
- b) os navios brasileiros em alto mar ;
- c) os navios mercantes estrangeiros surtos em porto brasileiro ;
- d) os navios de guerra nacionaes em porto estrangeiro.

Art. 5. — E' tambem applicavel a lei penal ao nacional ou estrangeiro que regressar ao Brasil, espontaneamente ou por extradição, tendo commetido fóra do país os crimes previstos nos capitulos I e II do titulo I, livro II, capitulos I e II do titulo VI ; os de homicidio e roubo em fronteiras e não tendo sido punido no lugar onde delinuiu.

Parapho unico. — Ficam salvas as disposições dos tratados.

I. — Estabelecia o codigo nestes dois artigos os preceitos do noso direito criminal internacional [(*Constituição federal*, art. 60, letra h). A lei n. 2.416, de 28 de junho de 1911 modificou profundamente o segundo desses artigos. Eis as suas disposições sobre o assumpto :

“Art. 13. — Poderão ser processados, até a pronuncia inclusive, e ainda que ausentes da Republica, os brasileiros que, em territorio estrangeiro, perpetrem algum dos crimes :

- a) contra a independencia, integridade e dignidade da patria (Codigo Penal, artigos 87, 92, 94, 98, 101, 102 e 104) ;
- b) contra a Constituição da Republica e fórmula de seu governo (Codigo Penal, artigos 107 e 108) ;
- c) de moeda falsa (Codigo Penal, artigos 239 e 243) ;

d) falsificação de títulos e papeis de credito, do governo federal, dos Estados e dos Bancos (Codigo Penal, artigos 239 e 243).

Paragrapho 1.º — O julgamento de taes criminosos porém, só se tornará effetivo quando houverem elles regressado expontaneamente ou por extradição ao país.

Paragrapho 2.º — O processo e julgamento de estrangeiros que commetterem algum dos crimes presentemente enumerados só se effectuarão quando os criminosos, expontanea ou forçadamente, vierem ao país.

Art. 14. — Poderá ser processado e julgado no Brasil o nacional ou estrangeiro que perpetrar crime contra brasileiro e ao qual commine a lei brasileira pena de 2 annos no minimo.

Paragrapho 1.º — O processo contra o nacional ou estrangeiro só será iniciado mediante requisição do ministerio do Interior ou queixa da parte, quando, nos casos em que a extradição é permittida, não fôr ella solicitada pelo Estado em cujo territorio foi commettida a infracção.

Paragrapho 2.º — Não terão lugar o processo e o julgamento pelos crimes referidos no artigo 14 se os criminosos já houverem sido, no estrangeiro, absolvidos, punidos ou perdoados por taes crimes, ou se o crime ou pena já estiverem prescriptos, segundo a lei mais favoravel.

O processo e julgamento dos crimes do artigo 13 não serão obstados por sentença ou qualquer acto de autoridade estrangeira.

Todavia, será computada no tempo da pena a prisão que no estrangeiro tiver, por taes crimes, sido executada.

Paragrapho 3.º — E' sempre a justiça federal competente para conhecer dos crimes commettidos em territorio estrangeiro.

Art. 15. — Revogam-se as disposições em contrario”.

Quatro são os principios em que os escriptores e as legislações procuram assentar os preceitos do chamado direito penal internacional: — o da territorialidade, o da personalidade, o da protecção ou real e o da justiça cosmopolita.

O primeiro sustenta que, dentro da area territorial que lhe é propria, cada Estado, no exercicio de sua soberania, tem o direito de estabelecer normas e penas para quantos ahi se achem, nacionaes ou estrangeiros, qualquer que seja a situação local dos bens juridicos offendidos ou postos em perigo. Esse principio, de tamanha simplicidade, acceito por todas as legislações em sua face positiva, tem outra, negativa (*leges non obligant extra territorium*), que o torna, teorica e praticamente, acanhado e insufficiente. Deante de ataques, partidos de outros países, praticados por nacionaes ou estrangeiros, ficaria desprotegido o Estado que adoptasse, exclusiva e integralmente, semelhante principio.

Para evitar tão grande inconveniente, procurou-se estender a esphera da actividade repressiva do Estado e imaginou-se um outro — o da personalidade. Este repousa na idéa da cidadania: — todo individuo está ligado ás leis do Estado a que pertence e não fica isento dodever de obediencia ainda quando se ache fóra da patria (*quilibet est subditus legibus patriae suae et extra territorium*). Assim tem o Estado o direito de punil-o, se elle, no estrangeiro, viola as leis patrias, a cuja observancia continúa adstricto. Quanto ao alienigena que habita o territorio do Estado, está elle sujeito ás leis penaes como *subditus temporarius*. Evidentemente este segundo principio tem a consideravel vantagem de proteger de modo mais amplo a ordem juridica do país a que o delinquente pertence; mas deixa ainda uma immensa lacuna a complanar: — não são attingidas as aggressões de estrangeiros no estrangeiro.

Procurando conciliar as vantagens dos dois principios precedentes e fugir aos inconvenientes que elles apresentam, o terceiro, denominado da protecção ou real, attende unicamente aos bens que devem ser resguardados, As legislações que se inspiram neste principio prohibem a violação ou periclitación de determinados bens juridicos, sem se preocupar com a pessoa do delinquente ou com o local do delicto.

Quaes esses bens?

A delimitação é feita sob a base do territorio (todos os bens juridicos que neste se acharem) ou da pessoa a quem pertencem (todos os bens do Estado ou de seus subditos, onde quer que se encontrem). Apesar dos elogios que lhe teceu o illustre dr. José Hygino, na traducção do *Tratado* de v. Liszt (I, 159) e na analyse do projecto de codigo penal, ¹⁾ o principio real, sob uma ou outra base, offerece largo flanco ao venabulo da critica. Pondera v. Bar que elle põe em perigo a soberania dos outros Estados e pôde provocar reclamações internacionaes. ²⁾ E recorda a proposito o caso Cutting. ³⁾ Wulfert escreve que com esse principio “la justice pénale perd son caractére de généralité et par suit de moralité”. v. Martitz põe-lhe em evidencia outros defeitos. ⁴⁾

Ha ainda um outro, o mais amplo de todos, appellidado da justiça cosmopolita ou da extra-territorialidade absoluta. Eis como o explica, em poucas palavras, um notavel criminalista italiano: O direito é uno na consciencia universal dos povos civilizados. Onde quer que um homem da idade moderna põe o pé, sabe que ha uma lei que pune factos anti-sociaes, os quaes são delictos na consciencia de toda gente, pelo menos os de certa gravidade. Os fins communs da civilização ligam todos os Estados em um vinculo de solidariedade na defesa da ordem juridica universal. Deve, por consequente, ser punido o malfeitor no lugar do refugio, se não o tiver sido no lugar em que praticou o delicto. A jurisdicção penal do Estado em que o crime foi commettido e a do lugar do refugio devem ser promiscuas, para reprimir os delictos perpetrados por qualquer pessoa que seja, em qualquer parte do mundo. A lei penal é cosmopolita e não conhece limites de nacionalidade, nem de territorio”. ⁵⁾

1) *Revista de Jurisprudencia*, XI, 1901, 35.

2) *Refor. des Reichsstrafg.*, I, 50.

3) *Rêvue de droit in tern.*, 1888, 559; Mendelsohn — Bartholdy, *Vergl. Darstellung*, p. g., VI, 136.

4) *Intern. Rechtshilfe*, I, 49.

5) *Impallomeni, Istituz. di dir. pen.*, 204.

Esta teoria, defendida por criminalistas da maior proceridade (na Allemanha: — Schwarze, Geyer e Haelschner; na Italia: — Carrara e Brusa; na França: — Ortolan e Molinier; na Austria: — Lammasch; em Portugal: — Pinheiro Ferreira; etc.), repousa em uma concepção nimiamente idealista dos deveres que cada Estado tem de zelar pelos interesses communs das nações cultas. Entretanto, com algumas restricções, que lhe fazem perder o character de simples phantazia philosophica, ella vigora em alguns systemas juridicos, sem sensiveis inconvenientes.

Assevera-se no dominio doutrinario, que os principios expostos são antagonicos entre si; mas as legislações têm posto em evidencia a possibilidade das mais variadas combinações. Nenhuma dellas adopta qualquer delles exclusivamente. O da territorialidade vigora, em sua maior pureza, no direito inglê e americano. A Inglaterra só estende a sua jurisdicção aos nacionaes nos casos de homicidio, ataque á segurança do Estado, bigamia, participação no trafico de escravos e perjurio perante funcionarios ingleses. Os Estados Unidos não o fazem nos casos de homicidio e bigamia. O da personalidade predomina na França, Belgica, Allemanha, Hollanda, Espanha, Dinamarca e em varios cantões suissos. O da protecção ou real (tambem conhecido por principio da nacionalidade passiva) se acha consagrado, com amplitude que varia, em todos os codigos. ¹⁾ O da justiça cosmopolita apparece nos da Austria, Hungria, Italia, Bulgaria e Noruega. ²⁾

1) Diverge a extensão em que as legislações acolhem o principio da protecção ou real. Algumas dellas só se referem ás acções criminosas que atacam os interesses mais vitaes do país, como a segurança do Estado, seu credito, etc. Outras comprehendem tambem as acções criminosas contra seus subditos. Este segundo grupo ainda se biparte, conforme são ou não especificadas taes acções. No annexo que acompanha o ultimo projecto allemão, mostra Hegler, em minuciosa analyse, como procedem as leis vigentes e os projectos (p. 17 e seguintes).

2) A exposição de motivos que acompanhou o projecto desse codigo contém uma ardente apologia do character cosmopolita do direito penal; e affirma que, com o tempo, a maior parte das grandes nações acabará dando força legislativa a essa idéa. Terá razão neste vaticinio? **Ai posteri l'ardua sentenza.**

Em nosso país, o código de 1830 nenhuma disposição continha acêrca da efficacia extra-territorial da lei penal. Foi a lei n. 2.515, de 4 de agosto de 1875 (regulamentada pelo dec. n. 6.946, de 25 de junho de 1878) o primeiro diploma que possuímos sobre essa materia. Sobreveio o presente código que no artigo 5.º restringiu, censuravelmente, a legislação anterior. Por uma emenda da commissão revisora, declarou-se nesse dispositivo que ficavam sujeitos á lei brasileira o homicidio e roubo nas fronteiras, sob a condicção de não haver sido o delinquente punido no lugar do crime.

A lei de 1911, que, como dissemos, actualmente regula a materia, permite o processo, contra nacional ou estrangeiro que, fóra do Brasil, haja praticado qualquer dos crimes enumerados no artigo 13, com a seguinte differença : — o nacional poderá ser processado até a pronuncia ausente; o estrangeiro somente quando, expontanea ou forçadamente, vier ao nosso país. O processo pelos alludidos crimes não será obstado por qualquer sentença ou acto de autoridade estrangeira ; mas a prisão, que, por taes crimes, tiver sido cumprida fóra de nosso país, será computada na pena aqui imposta. A mesma lei tambem permite o processo contra nacional ou estrangeiro que commetter *contra brasileiro* crime que a nossa lei castigue com 2 annos de prisão no minimo. Neste caso, a punição ou absolvição, no estrangeiro, e a prescripção, segundo a lei mais branda, impedem o processo. Assim igualmente o perdão. Se a lei estrangeira exigir, para a repressão do crime, queixa da parte e essa não fôr apresentada, ficará obstado o processo no Brasil? Parece-nos que sim. Expressamente neste sentido o código allemão (§ 5, 3).

A lei de 1911 serve de complemento ao principio da territorialidade consignado na disposição do artigo 4.º do código : — absolutamente não o exclue. Porisso bem se decidiu que, perante o direito positivo actual, póde e deve ser processado e julgado pelos nossos tribunaes, por crime commetido no Brasil, o estrangeiro que, fóra do país, tiver sido processado e julgado pelo mesmo factó. Os effeitos da sentença estrangeira não podem ser reconhecidos no Brasil. 1).

8) Accordam do Supremo Tribunal Federal, de 23 de agosto de 1916, na **Rev. do Supremo**, VIII, 383.

Os crimes de responsabilidade commettidos, no estrangeiro, por funcionarios que não gozem do privilegio de extra-territorialidade, podem ser processados e punidos em nosso país? Em sentido affirmativo, entendendo que a especie *virtualmente* se comprehendia na disposição do artigo 5.º do codigo, o accordam do Supremo Tribunal Federal, de 26 de junho de 1899. ¹⁾

Quanto aos projectos de reforma :

Os do professor J. Vieira e da Camara dos deputados se inspiraram na lei de 1875. O do dr. Galdino Siqueira teve muito em vista o principio real e de harmonia com elle procurou regular o assumpto. Com o mesmo espirito estão formuladas as normas respectivas do projecto Sá Pereira.

II. — Na segunda parte do artigo 4.º declara o codigo o que se comprehende na definição de territorio brasileiro. Descabida e inutil em um codigo penal, como bem se observou na exposição de motivos do primeiro projecto allemão ²⁾ e se reconheceu na elaboração do codigo argentino, ³⁾ era uma noção dessa especie. Accresce que ella não ficou completa.

Os Estados consideram de seu dominio os golfos, bahias e portos existentes no país (Cod. civ. francês, artigo 533 ; espanhol, 339 ; portuguez, 380, 2.º ; Clovis, *Codigo cv. brasileiro comm.*, I, 316). Sobre elles exercem um direito de soberania perfeitamente identico ao que têm sobre o territorio continental. Os unicos limites são : — o respeito ao principio de igualdade dos outros Estados e á existencia de servidões internacionaes.

1) Edgard Costa, **Repertorio de jurisp. crim.**, 35.

2) **Begrundung**, I, 9.

3) Em seu parecer sobre o projecto de que resultou o actual codigo argentino, disse o senador Angel Rojas : — “Pensamos que lo que está regido por el derecho de gentes no debe ser objecto de las leys internas de um país. Si lo que estas disponen se encontra ya arreglado por aquél, essas leyes son superfluas ; si contrarian el derecho de gentes, no son aceptables ; si omiten casos previstos por la ley de las naciones, la omisión no importa subtraer esos casos al imperio de dicha ley”. Estas observações, de inteira procedencia, fizeram desaparecer do codigo o conceito do territorio.

O mar que banha as costas de um país até certo ponto (*quousque tormenta bellica exploduntur*), no interesse da defesa e da segurança do territorio, bem como no do commercio e do fisco, pertence ao respectivo Estado. E' uma propriedade reconhecida como incontestavel pelo direito internacional. ¹⁾ A delimitação do territorio maritimo pela linha de alcance do tiro de canhão (*armorum vis*), regra aceita pelo nosso direito positivo (Alv. de 4 de maio de 1805; circ. n. 92, de 31 de julho de 1850), tem-se tornado incerta e duvidosa pelos progressos constantes da balística. Os defeitos desse criterio induziram alguns Estados a escolher outro, menos sujeito a variações — o da distancia de 3 milhas maritimas (5556 metros). A *potestas terrae* tem o direito de impedir nas aguas territoriaes perturbações da ordem, de regular o exercicio da pesca, em summa, de ahi exercer a sua jurisdicção.

A respeito dos crimes praticados em navios mercantes dentro das aguas territoriaes (portos, bahias e aguas costeiras) dois são os principios que encontramos adoptados nas legislações do mundo civilizado — o inglês e o franco-allemao. A Inglaterra, desde o *Territorial Waters Jurisdiction Act*, de 1878, applica em todo o seu rigor a regra de que o mar adjacente fórma uma parte do territorio e de que todas as infracções ahi commettidas ficam subordinadas á jurisdicção inglesa. Essa lei, censurada por uns, ²⁾ defendida por outros, ³⁾ torna o processo contra estrangeiros dependente da autorização do secretario de Estado ou governador: é, portanto, bôa ou má, conforme o uso que da faculdade de autorizar o processo se fizer. ⁴⁾ Em França e nos países que a acompanham domina outro principio. A punição dos crimes praticados nas aguas territoriaes só é considerada da competencia dos Estados marginaes:

1) Calvo, *Le droit intern.*, I, § 366.

2) Perels, *Das intern. oeff. Seerecht*, 313; Philimore, *Comm.*, I, 277; Hoeffter-Geffken, *Das europ. Voelkerr.*, § 97.

3) Stoerk, no *Handbuch d. Voelkerr.*, de v. Holtzendorff, II, § 90.

4) Negropontes, *Zustaendigkeit der Staaten fuer die auf d. Meere beg. Delikte*, 55.

a) quando a infracção fôr praticada a bordo por pessoa ou contra pessoa estranha á equipagem ;

b) quando a infracção, embora praticada por pessoa que fazia parte da equipagem ou contra pessoa á mesma pertencente, comprometter a tranquillidade do porto ; e,

c) quando fôr reclamado auxilio ou soccorro da autoridade local.

Este systema está acolhido na pratica e na doutrina pela Belgica, Allemanha, Italia, Estados-Unidos da America do Norte, Russia e Espanha.

O decreto n. 855, de 8 de novembro de 1851, ainda não revogado, distinguindo entre crimes commettidos a bordo de navios mercantes em aguas territoriaes (“em viagem”) e dentro de qualquer dos portos do Brasil, dá competencia ás autoridades brasileiras para conhecer, no primeiro caso, de qualquer crime, desde que o offensor ou o offendido seja brasileiro, embóra membro da tripulação, e , no segundo, dos delictos graves ou que por qualquer modo possam perturbar a tranquillidade publica ou ferir particularmente a qualquer habitante do país. E’ essa ainda a nossa lei sobre o assumpto. A adopção do principio franco-allemao, em nosso país, offerece o perigo de acarretar a impunidade de possiveis delictos : não temos disposição de lei que permitta punir crimes que se dêem a bordo de navio brasileiro em porto ou aguas territoriaes de outro país, se a pena fôr, no minimo, menor de 2 annos ou se o offendido fôr estrangeiro.

Da clausula — “surtos em porto brasileiro”, contida na letra c) do artigo 4.º, inferem alguns *a contrario* que o legislador patrio não considerou o navio mercante estrangeiro em aguas territoriaes como comprehendido no territorio brasileiro. E concluem que os crimes praticados em um navio dessa especie, em aguas costeiras do Brasil, não podem ser punidos pelos nossos tribunaes. Essa interpretação não nos parece verdadeira. E o erro se origina de uma defeituosa applicação do argumento *a contrario*. As aguas territoriaes fazem parte do territorio nacional ; e os navios mercantes que ahi se achem, embóra de passagem — cir-

cumstancia que nada importa, estão dentro do territorio e sujeitos ás nossas leis (*quod est in territorio est de territorio*).

Aos navios mercantes são equiparados os dos particulares ou de recreio.

O mar alto é livre e commum a todos os povos. Nenhuma nação póde sujeital-o á sua soberania. Porisso os navios que o sulcam estão subordinados á lei e ás autoridades do país a que pertencem. Cada navio tem a sua individualidade e nacionalidade. Os requisitos da primeira, no nosso direito, constam dos artigos 331 e 346 do dec. n. 6.617, de 26 de agosto de 1907. A nacionalidade é regulada por esse decreto e pelo de 2 de julho de 1896. A jurisdicção do Estado, cuja bandeira o navio arvora, como signal de sua nacionalidade, se estende aos estrangeiros que no mesmo viajam. Abrange tambem todas as pertenças do navio. Se um naufrago mata um seu companheiro em uma jangada formada de destroços de um navio, é o Estado a que este pertencia o competente para tomar conhecimento desse crime. Se a jangada tiver sido construida de materiaes de dois navios, de nacionalidades diversas (em caso de abalroamento), competente será o Estado de que o autor fôr subdito. 1).

Os navios de guerra (inclusive os transportes), levando uma parte da força armada do país que representam, gozam do privilegio de extra-territorialidade. Ainda quando no mar litoral estão isentos da *potestas terrae*. Desse privilegio gozam tambem os navios ao serviço exclusivo de soberanos ou embaixadores (representantes diplomaticos) estrangeiros. Se estes são apenas passageiros, o privilegio só comprehende os aposentos por elles occupados. As pessoas da tripulação de um navio de guerra podem descer á terra, em serviço ou não. Na primeira hypothese, protege-as o privilegio: — quaesquer crimes que commettam são da competencia do Estado a que o navio pertence. No segundo, não; mas por cortesia se tem ampliado o favor. São celebres entre nós os incidentes dos officiaes da fragata *FORTE*, da marinha de guerra britanica 2) e dos da corveta *NYM-*

1) Negropontes, **ob. cit.**

2) Pimenta Bueno, **Direito internacional**, p. 170.

PHA, da marinha de guerra aliemã. ¹⁾ As regras da extradição não se applicam a criminosos que se tenham acoitado em um navio de guerra estrangeiro. O commandante é obrigado a entregal-os (salvo se se tratar de crimes de natureza politica) ás autoridades do Estado marginal ou ao menos a expulsal-os de seu navio, não podendo recusar-se ao cumprimento desse dever sob o pretexto, por exemplo, de inexistencia de um tratado de extradição. A fuga para um navio de guerra não é fuga para um país estrangeiro ²⁾.

O solo estrangeiro occupado pela força armada de outra nação fica sob a jurisdicção do Estado occupante. Sobre a amplitude dessa jurisdicção cumpre distinguir. Se se trata de um país alliado ou neutro, se a occupação é feita com a annuencia do governo desse país, a competencia fica naturalmente restricta aos militares e ás pessoas que fazem parte da força. Se a occupação se realiza em pé de guerra, a competencia se estende a todos os habitantes. ³⁾ Exceptuam alguns escriptores os delictos de direito commum, desde que os autores ou as victimas sejam completamente estranhos ao exercito. ⁴⁾ Outros vão além, subtrahem á jurisdicção do Estado a que pertence o exercito occupante os delictos communs, embora praticados contra membros desse exercito, salvo se das circumstancias do delicto resultar que essa qualidade foi causa determinante do facto criminoso ⁵⁾. Estão sujeitos á justiça brasileira os individuos que commetterem crime em territorio estrangeiro occupado por forças militares do Brasil (Dec. n. 18, de 7 de março de 1891 ; lei n. 612, de 29 de setembro de 1899).

A respeito do regime juridico do espaço aéreo, tres são as teorias aventadas : — a primeira sustenta a completa liberdade do ar, com resalva do direito de propriedade e de conservação do Estado subjacente ; a segunda divide o espaço aéreo em duas zonas, uma *territorial*, submettida

1) Escorel, *Cod. pen. comm.*, n. 22.

2) Heilborn, *Voelkerrecht*, § 43.

3) Garraud, *Traité de droit pén.*, I, 274.

4) Fiore, *Traité de droit pén. intern.*, I, 106.

5) Pedro Martins, *Da competencia penal*, 107.

á lei do referido Estado, outra livre, isto é, não sujeita a essa lei ; e a terceira entende que a soberania do Estado e, conseqüentemente, de sua lei penal se estende a toda a massa aérea que cobre seu territorio. Os partidarios das duas zonas divergem grandemente no que diz respeito á relativa delimitação. Alguns recorrem ao criterio da *armorum vis*, criterio que tambem se revela sem a fixidez necessaria. Os da soberania do Estado subjacente, reconhecem a existencia de uma servidão internacional de passagem.

Quanto aos crimes commettidos a bordo dosapparelhos de navegação aérea, é mister distinguir : — se elles não interessam á segurança ou á ordem publica do Estado subjacente, ficam submettidos á legislação e aos tribunaes do país de sua nacionalidade ; no caso contrario, serão regulados pela legislação do Estado territorial. A International Law Association, em sua conferencia de Stockolmo (1924), resolveu que o Estado sobre o qual se realiza o vôo é competente para processar e punir os crimes contra a segurança publica, contra as leis militares e fiscaes, contra as disposições que regulam a navegação aérea e sempre que os effeitos delles se façam sentir no territorio subjacente. Estando o aparelho parado, competente é o Estado em que o mesmo se ache na occasião do facto criminoso. Nos demais casos, a competencia é do Estado de sua nacionalidade. ¹⁾

III. — Quando o facto criminoso se pôde 'dizer' practicado em territorio brasileiro ?

As varias partes componentes de uma acção, as diversas manifestações da actividade corporea e do resultado podem realizar-se em lugares differentes.

Onde se deve considerar a acção, o crime como practicado ?

Opinam uns que decisiva é a actividade corporea ; ²⁾ sustentam outros que criterio determinante deve ser exclu-

1) Cuello Calón, *La navegacion aerea*, Barcelona, 1915, onde se indica extensa bibliographia ; Busse, no *Handw. d. Rechtswissenschaft*, de Stier-Somlo e Elster, s. v. *Lufrecht*.

2) Haelschner, *Das gem. deut. Strafr.*, I, 152 ; Merkel, *Lehrbuch*, 276 ; Schneider, *Ort und Zeit der Handlung*, 68 ; Meyer-Allfeld, *Lehrbuch*, § 29 ; e muitos outros.

sivamente o do resultado. 1). Uma terceira opinião encara ambas as partes — a actividade e o resultado — como equivalentes, de sórte que, a seu ver, a acção tanto é praticada no lugar da primeira como no do segundo. 2). Sob o aspecto teorico, força é reconhecer que a primeira dessas opiniões é a que tem por si razões de melhores quilates. Entretanto, praticamente, ella apresenta o grave inconveniente de deixar sem a necessaria protecção, contra ataques vindos de fóra, bens juridicos do país. Por esse e outros motivos, a praxe, nos mais diversos países, dá preferencia á teoria que liga identico valor aos dois elementos objectivos do delicto. Em França é essa a idéa corrente. Assim tambem na Belgica. Na Allemanha, onde o problema provocou magnificos estudos, se os escriptores, em sua maioria, se pronunciam em favor do criterio da actividade, a praxe prefere o da igualdade dos dois elementos, a teoria chamada da unidade. 3). Os varios projectos de refórma (exceptuado o de 1909) expressamente a consagram. Na Italia, apesar de uma tal ou qual incerteza, os tribunaes se inclinam a reputar ambos os momentos da acção criminosa como equivalentes. Em nosso país, a doutrina não tem dedicado ao assumpto a attenção merecida. A nossa opinião está com a teoria da unidade ou ubiquidade. Foi essa a teoria vencedora no caso do vapor inglês "TENYSSON" (Acc. do Sup. Trib. Fed., de 27 de janeiro de 1917).

Os escriptores que affirmam que o crime se considera praticado no lugar em que qualquer de suas partes se verifica excluem os actos preparatorios e tambem aquelles efeitos que surgem depois do resultado correspondente ao delicto consummado. Excluem além disso os efeitos in-

1) Haerberlin, no *Archiv*, de Goldammer, XXV, p. 1 e 452; Neumeyer, *Historische und dogm. Darstellung des strafb. Bankrott*, 157.

2) Binding, *Handbuch*, I, 414; v. Calker, *Die Delikte geg. das Urheber.*, 275; Hegler, *Prinzipien d. intern. Strafr.*, 47; v. Lilienthal, *Ort und Zeit d. beg. Handlung*, 18 e seguintes; Hafter, *Lehrbuch*, p. 80.

3) Kitzinger, *Vergl. Darstellung*, p. g., I.

termedios, sem relevancia para o conceito do crime. Relativamente á tentativa, decidem que ella se dá, não só no lugar em que o acto constitutivo do começo de execução foi praticado, mas tambem onde se mostra que os meios escolhidos pelo agente poderiam ou deveriam produzir o effeito collimado. A proposito incluem os modernos projectos de codificação penal um dispositivo ou, ao menos, uma clausula especial. O organizado, para o nosso país, pelo desembargador Sá Pereira, imitando os suissos, diz : — “A tentativa *commettida* no estrangeiro se reputa *commettida* no país, quando era intenção do delinquente que neste os seus effeitos se produzissem”. Relativamente á co-delinquencia, ensinam os alludidos escriptores que cada qual dos participantes responde no lugar da actividade propria ou naquelle em que o facto principal se realizou. A localização dos delictos omissivos nenhuma difficuldade apresenta : — esses delictos se consideram praticados no lugar em que o omittente devia agir ou onde o resultado se verificou. ¹⁾.

IV. — Sem embargo do character absoluto do principio da territorialidade, varias pessoas, dentro do país, go-

1) O contra-projecto de v. Listz e outros se absteve de incluir uma disposição a respeito. Escolhido o principio a consagrar, não é facil encontrar uma formula satisfactoria. O projecto brasileiro (Sá Pereira), imitando o suisso, preceitua : — “O crime **commettido** no estrangeiro se reputa **commettido** no país, quando neste seus effeitos se produzem. A tentativa **commettida** no estrangeiro se reputa **commettida** no país, quando era intenção do delinquente que neste os seus effeitos se produzissem”. O verbo “se reputa” dá a entender algo de convencional. Ora, o crime, segundo a teoria adoptada, se perpetra realmente no país. A phrase “os seus effeitos se produzem” tem demasiada amplitude. A determinação da competencia, no caso de tentativa, pela intenção do agente, póde levar a verdadeiros absurdos. Um exemplo : A. remette a B., com o designio de lhe causar a morte, uma caixa de “bonbons” envenenados. B., pos se achar ausente do Estado em que habitualmente reside (C), os recebe em outro, onde veranea (D). B. experimenta-os, acha-lhes mau gosto e os repelle. Como reconhecer, tomando como circumstancia determinante a intenção do autor, a competencia do Estado C., se a este o caso não offerce absolutamente o minimo interesse ? Como dizer que a tentativa se deu no Estado C ? A intenção do autor não é elemento com que se possa estabelecer satisfactoriamente a localização da tentativa.

zam de uma isenção, mais ou menos ampla. Assim, os membros das duas casas do Congresso Nacional não respondem criminalmente pelas suas palavras, opiniões ou votos, no exercicio do mandato. O artigo 19 da Constituição os declara inviolaveis. 1). E' uma eximente de natureza pessoal. Não exclue a legitima defesa, nem a compensação, em caso de injurias. Objecto do privilegio são unicamente as palavras, opiniões e votos (vias de facto não estão comprehendidas). Nada importa que essas manifestações se dêem em sessão publica ou secreta, "in plenum" ou no seio de uma commissão. Determinar quando ellas se verificam no exercicio do mandato, é problema que deve ser resolvido em cada caso particular. Contra os inauditos abusos da immundade parlamentar: Carvalho de Mendonça (M. I. —), no *Direito*, vol. LXXXVI, p. 320. 2).

Gozam de immundade penal (isenção da justiça local) as pessoas que, segundo o direito das gentes, têm em seu favor o privilegio da exterritorialidade: os chefes dos Es-

1) Os Estados têm estendido esse privilegio aos seus legisladores. Não o quiz fazer o Rio Grande do Sul. Os do Rio de Janeiro e Santa Catharina mandam cessar a inviolabilidade nos casos de aggressão, injuria ou imputação calumniosa á vida particular. A respeito escreveu distincto publicista: — O preceito da inviolabilidade importa uma restricção á justiça criminal e, assim, só o poderia estabelecer o legislativo da União. Ao do Estado não compete regular essa e outras quaesquer isenções.

Se a União é que firma as regras, não só em materia criminal qualificando os delictos e comminando as penas, como em garantia de direitos individuaes e politicos, — só ella é que ha de autorizar as excepções a essas mesmas regras. Não ha duvida que deverá ser contemplada a de que se trata, por seus justos fundamentos, mas uma vez que isso não se deu boa ou má, **legem habemus**, não estando, pois, o remedio na decretação da medida em favor de seus representantes, pelas assembléas legislativas estaduaes". Henrique Coelho, **A Constituição de 1891 e a Constituição de 1901**, p. 58). Indiscutível é a procedencia da observação feita. O codigo allemão, no § 11, dispõe a respeito da immundade dos representantes das assembléas dos Estados. O exemplo talvez merecesse ser imitado.

2) Sobre a immundade parlamentar em legislacão comparada: — v. Muralt, **Die Parlam. Immunitaet in Deutschland u. d. Schweiz**; Kuziatin, **Die Unverantwortlichkeit der Abgeordneten rechtsvergleichend dargestellt**, Breslau, 1914; Kleinfeller, na **Vergl. Darstellung**, p. g., I, 328 e 338.

tados estrangeiros (inclusive presidentes de republica), em caracter publico, embaixadores, ministros plenipotenciarios, nuncios, encarregados de negocios, secretarios de embaixadas e aggregados. Essas pessoas respondem pelos crimes que commetterem (até pelos contrarios á segurança do Estado em que são acreditados) perante as autoridades do país que representam. A immuniidade principia desde a entrada no país onde vão exercer a sua funcção ; termina com a sua sahida. A situação juridica dos representantes diplomaticos em viagem, em país diverso daquelles a que se destinam, constitue um ponto assás controvertido. A melhor opinião é a de que elles, se não se affastam de seu itinerario regular, se não transgridem uma prohibição, têm direito á immuniidade. Todo o pessoal da missão diplomatica é abrangido pelo privilegio. Por costume internacional, este se estende á familia do representante diplomatico.

Os correios, em tempo de paz, nos países que atravessam, desde que a passagem não lhes seja prohibida, tambem o têm.

Os representantes consulares não gozam de isenção.

V. — No final do artigo 5.º sujeita o codigo o homicidio e o roubo nas fronteiras á lei brasileira, se o facto não houver sido punido no lugar onde se deu. O caso estava previsto pela lei de 1 de agosto de 1875. Sobre a competencia para o julgamento de taes crimes, leia-se o parecer incerto na *Revista de criminologia*, de S. Paulo, I, p. 182.

VI — O paragrapho unico do mesmo artigo diz que ficam salvas as disposições dos tratados. A's vezes em semelhantes actos, convencionados entre os governos, se incluem clausulas que se prendem á applicação da lei penal. Ha uma classe de tratados que têm com esta materia estreita conexão : — é a dos tratados de extradição. O assumpto se acha hoje regulado em nosso país pela lei n. 2416, de 28 de junho de 1911. Essa lei, cujo historico se pôde ler, fielmente exposto, no artigo publicado pelo dr. Arthur Ribeiro, na *Revista da Faculdade de Direito de Minas Geraes* (vol. IX, 379 e segs.), foi qualificada como a ultima palavra do progresso juridico relativamente ao instituto de que se occupa. A mais importante innovação que nella se nos depara é por

sem duvida a de permittir a entrega dos nacionaes ; mas a clausula da reciprocidade tirou ao adeantado principio a mór parte do seu valor pratico. Mui difficilmente as nações com as quaes entretemos relações mais frequentes consentirão em fazer entrega de seus subditos, que hajam delinquido no Brasil e tenham logrãdo refugiar-se no seio da mãe-patria, á justiça de nosso país. A despeito de tudo quanto se tem dito e escripto, das opiniões, cheias do maior prestigio, de v. Holtzendorff, na Allemanha, 1) Lammasch, na Austria, 2) Billot, na França, 3) Fiore, na Italia, 4) Brocher, na Suissa, 5) Jonge, na Hollanda, 6) (para não citarmos mais do que um escriptor em cada país), das resoluções do Instituto de Direito Internacional, em sua sessão de Oxford, repetidas pelo congresso penitenciario de Bruxellas, dos exemplos da liberrima Inglaterra e da grande Republica Norte-Americana, que não receiam acolher em varios dos seus tratados a obrigação da entrega dos delinquentes, sem distincção de nacionalidade, os países da Europa continental persistem, e nesse ponto de vista se conservarão ainda com certeza durante longo tempo, em não consentir que seus subditos sejam entregues ás justiças estrangeiras. Não é de esperar que os povos europeus (mórmente depois da ultima guerra que em tão elevado gráu exacerbou o sentimento nacional) estejam dispostos ao sacrificio de suas leis e de seus usos tradicionaes. A Constituição allemã veda expressamente a extradição do nacional (art. 112, al. 3). Os tres ultimos codigos penaes promulgados, o turco (1926), o espanhol (1928) e o yugo-eslavo (1929), tambem o fazem. A lei franceza de 10 de março de 1927 só permite a extradição do

1) **Die Auslieferung der Verbrecher u. d. Asylrecht**, Berlin, 1881, 15 e 16.

2) **Auslieferungspflicht und Asylrecht**, Leipzig, 1887, p. 417 e seguintes.

3) **Traité de l'extradition**, 70.

4) **Effetti intern. delle sentenze e degli atti**, Piza 1877.

5) **Rapport à l'Institut de Droit Intern.**, I, 210.

6) **Uitlevering van eigen onderdanen**, Leiden, 1884, 147.

individuo “non français et non ressortissant français”. Comprehendendo a improficuidade dos esforços empregados para a abolição do principio da não extradição dos nacionaes, alguns escriptores (como C. Calón, na *Révue de droit pén. et de criminologie*, 1928, 641 e segs.) se têm contentado em pleitear uma medida menos extremada — a de que a extradição seja declarada facultativa. Com esse character a toleram alguns projectos de codificação penal (chéco-eslováco, italiano e cubano). A extradição de nacionaes, permittida pelo nosso direito, mui raramente poderá verificar-se. ¹⁾

Segundo a lei de 1911, a extradição abrange todos os crimes (consummados ou tentados) punidos com pena de um anno de prisão para cima. São excluidos os delictos politicos, os religiosos, os puramente militares, os de imprensa e os que estiverem prescriptos (conforme a lei do país requerente). Como se vê, não fazem parte desta lista os delictos culposos. Quanto aos politicos relativos (connexos com crimes communs), estatue a lei que a allegação do fim ou motivo politico não impedirá a extradição, quando o facto constituir principalmente uma infracção commum da lei penal. E dá ao Supremo Tribunal Federal o encargo de apreciar o character da infracção. O criterio differencial escolhido, proveniente da lei suissa, tem o senão de ser extremamente vago. Essa falta de precisão faz nascer o perigo de decisões arbitrarías. ²⁾ A exclusão absoluta dos delictos de imprensa não se justifica. ³⁾ Aceitou a lei

1) Sobre o assumpto, optima é a dissertação de Otto Mayr, *Die Auslieferung eigener Unterthanen*, Augsburg, 1891. Merecem leitura os relatorios, em numero de 15, apresentados ao congresso de Bruxellas (*Actes*, I, p. 156 e seguintes). Na reunião do grupo italiano da Associação internacional de dir. penal (março de 1927), foi esse thema objecto de discussão, não se chegando a votar a proposta do relator (Adinolfi), a qual permittia a extradição dos nacionaes, mas com restricções (*Scuola positiva*, VII, p. 561).

2) Cuello Calón, *Extradition des criminels politiques*, na *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1928, p. 653.

3) Beauchet, *Traité de l'extradition*, p. 448: — “Il y a une véritable exagération á assimiler, dans tous les cas, les délits de presse

a melhor doutrina acêrca da prescripção. 1). Foi adoptado o principio da especialidade ou interpretação restrictiva da concessão de extradição. O consentimento do extraditado para ser processado por factos anteriores aos que motivaram a entrega deve ser livre e expresso. Se, depois de solto, permanece o delinquente mais de um mês no territorio do Estado requerente, pôde ser responsabilizado por factos alheios á concessão da extradição. Nada se dispoz a respeito de poder o Estado requerido permittir o processo por factos dessa ordem, nem sobre a obrigação de communicar o Estado requerente o consentimento do extraditado. No que concerne ao processo da extradição, á competencia para concedel-a, foi seguido o systema italiano: — intervêm os dois poderes, o executivo e o judiciario, sendo a decisão deste obrigatoria para aquelle. Nenhum pedido *será attendido* (art. 10) sem previo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal; mas, como na lei italiana, depois disso, pôde o governo deixar de dar andamento á extradição. 2). Não se encontra na lei a chamada “clausula do attentado”,

aux délits politiques”. Bonfils, *Manuel de droit intern. pub.*, 269: — Les delits de presse ne sont pas tous d'ordre politique; les journalistes commettent, quoiqu'ils en puissent dire, de véritables délits de droit commun par la diffamation des particuliers, la provocation á l'assassinat ou á la destruction des edifices publics ou privés, les outrages aux bonnes moeurs, etc.”.

1) Beauchet, *ob. cit.*, 306.

2) Ferri, *Principii*, p. 170, acha que isso não é racional, pois se trata da extradição de delinquentes communs, em relação aos quaes não são admissiveis razões de oportunidade politica ou administrativa por parte do governo. Em seu projecto, elle completou a jurisdiccionalização do instituto.

Em sentido contrario ao texto Hildebrando Accioly. *A extradição*, na *Revista de Critica Judiciaria*, anno VI, vol. 9, p. 130: — “No Brasil, o Poder Executivo não é livre de não entregar o extraditando, se o Supremo Tribunal Federal se pronunciou em favor da extradição. A lei não é bastante clara, a tal respeito, e a materia presta-se a contraversia; mas, não só a pratica tem adoptado a conclusão que adoptámos, como tambem a esta conduz o principio, a nosso ver incontestavel, de que a concessão da extradição é, entre nós, assumpto de competencia exclusivamente judiciaria, no qual o Poder Executivo só intervem como simples intermediario ou como executor das decisões do Poder Judiciario”.

quer em sua fôrma primitiva, quer ampliada aos crimes anarchistas. Em virtude dessa lei, cujos pontos capitaes assignalamos, foram denunciados todos os tratados de extradição anteriores. Em 27 de dezembro de 1916, assignou-se o primeiro tratado moldado nos principios dessa lei, o com o Uruguay. ¹⁾ Vieram depois o com a Bolivia, firmado em 3 de junho de 1918; o com o Perú, firmado em 13 de fevereiro de 1919; o protocollo adicional com o Uruguay, de 7 de dezembro de 1921; e o tratado com o Paraguay, de 24 de fevereiro de 1923.

A extradição entre os Estados, da competencia legislativa federal (*Constituição*, art. 34, n. 32), é regulada pela lei n. 39, de 30 de janeiro de 1892. E' uma extradição "sui generis". ²⁾

1) A extradição tem uma parte de direito material (como a delimitação dos crimes e das pessoas que a ella estão sujeitos, a identidade da norma, etc.) e outra de direito formal ou processual. Essas duas partes não devem ser reguladas separadamente. Não approvamos o systema de alguns projectos, (entre elles o do desembargador Sá Pereira) que inserem preceitos, mais ou menos, incompletos a respeito. Sobre o assumpto, na literatura patria, A. Briggs, **Extradição**, Rio, 1909.

2) Tavares Bastos, **A extradição interestadual**, S. Paulo, 1927.

Art. 6. — Este código não comprehende :

- a) os crimes de responsabilidade do Presidente da Republica ;
- b) os crimes puramente militares, como taes declarados nas leis respectivas ;
- c) os crimes não especificados nelle, contra a policia e economia administrativa dos Estados, os quaes serão punidos de conformidade com as leis peculiares de cada um.

I. — Evitar o superfluo, dizer o necessario — é uma das regras elementares de technica legislativa. Esqueceu-se o legislador brasileiro de observá-la, inserindo o artigo supra, pois não precisava o código mencionar quaes as materias de que não tratava.

O artigo 54 da *Constituição Federal* declara quaes os crimes de responsabilidade do supremo magistrado da nação. A lei n. 30, de 8 de janeiro de 1892, definiu, casuística e defeituosamente, cada um desses crimes. Qualquer dos actos nella indicados sujeita o presidente da Republica a processo e julgamento perante o senado, depois de reconhecida pela camara a procedencia da accusação. A marcha do processo está traçada na lei n. 27 da mesma data. Nos crimes communs, responde o presidente perante o Supremo Tribunal. Os ministros de Estado, nos crimes connexos com os do presidente, respondem tambem, depois do julgamento politico (*impeachment*), perante o senado. Nos outros, communs e funcionaes, perante o Supremo Tribunal, em qualquer tempo, em-quanto ditos crimes não prescreverem, sem dependencia de outro poder. 1).

1) Veja-se o parecer da comissão de finanças da Camara dos deputados publicado na *Revista Juridica*, V. 461.

A respeito do vice-presidente da Republica, escreve Araujo Castro : "A Constituição não conferiu fóro especial ao vice-presidente da Republica, que sómente goza de semelhante prerogativa quando se acha investido das funcções de presidente. Evidentemente houve neste ponto uma omisão do legislador constituinte, pois dessa maneira ficou elle em situação de inferioridade em relação ao seu substituto (vice-presidente do Senado), uma vez que não lhe cabem as immunidades parlamentares, por não fazer parte do Poder Legislativo" (*Manual da Constituição*, p. 126).

II. — A *Constituição brasileira* entendeu que devia manter a legislação penal militar, ao lado da *commum* (artigo 27, n. 21 e 77 pr.). Cortou, assim, para os legisladores patrios, emquanto não fôr alterado o texto constitucional, a grave controversia sustentada entre os criminalistas sobre a especialização do direito penal militar. E andou acertadamente. As classes armadas, sendo os orgams de defesa do corpo social (*Const.*, art. 14, prim. p.), necessitam de normas especiaes, que as tornem mais aptas para o exercicio de sua função, para a realização de sua finalidade. 1). A disposição do codigo, anterior á *Constituição*, com esta se confôrma.

O nosso direito penal militar está hoje corporizado no codigo estabelecido para a armada pelo decreto n 18, de 7 de março de 1891 e ampliado ao exercito pela lei n. 612, de 29 de setembro de 1899. Injusta não é a critica que tacha essa obra de desprovida de *systema* e *cahotica*. 2). Baldadas têm sido as tentativas de refôrma.

III. — Elaborado logo após a inauguração do regime federativo, exceptuou o codigo das materias que regulara os crimes nelle não especificados, contra a policia e economia administrativa dos Estados, os quaes seriam punidos de conformidade com as leis peculiares a cada um. A *Constituição* republicana deu ao congresso nacional competencia privativa para legislar sobre direito criminal. Dahi a opinião de que o dispositivo do codigo deve ser havido como inconstitucional. 3). Não a subscrevemos. Os Estados têm uma esphera não pequena de interesses que lhe são proprios. Esses interesses, que fazem parte de sua economia administrativa, podem ser lesados ou postos em perigo. Recusar

1) Clovis Bevilacqua, **Especialização do direito penal militar**, nos **Annaes forenses**, I, p. 4 e seguintes.

2) Chrysolito de Gusmão, **Direito Penal Militar**, p. 54: "Pezar de ser um codigo de feitura relativamente recente, não tem nenhum *systema*. Crimes especificadamente militares, juntamente com os crimes *communs*, acham-se incluídos sem qualquer espirito scientifico ; pela nossa legislação, absurda e *cahotica*, tanto são crimes militares a revolta, a deserção, como o roubo, o assassinato, o incendio, os ferimentos, o *peculato*, etc."

3) Escorel, **Codigo penal comm.**, 160.

aos Estados a faculdade de empregarem meios repressivos contra actos capazes de produzir taes effeitos, é deíxal-os de mãos atadas, é impôr-lhes o sacrificio de condições indispensaveis á sua existencia e prosperidade. A sanção civil não basta. Força é, portanto, reconhecer-lhes o direito de estabelecerem penas para a transgressão de suas leis. Claro que não nos referimos ás penas denominadas de ordem e ás disciplinares, pois a respeito dellas, que não pertencem ao dominio do direito criminal, ¹⁾ a competencia dos Estados não pode padecer duvida alguma. Essa bipartição do poder repressivo é consecuencia logica e natural do regime federativo. O que se faz preciso é fixar, no futuro codigo, os lindes desse poder. Na Republica Argentina, cuja Constituição serviu de paradigma ao § 22 do artigo 34 da nossa, nunca se negou ás provincias o direito de legislarem a respeito de contravenções (*faltas*). Os projectos de nova codificação penal, elaborados em 1891 e 1906, propuzeram que esse direito ficasse circumscripto ás de natureza local. Na exposição de motivos do primeiro delles se disse: “Las transgresiones que importen un delito ó falta en todas partes; que lo mismo afectarian los derechos del individuo y el interés de la sociedad si se cometieran en un punto, que si se realizaran en otro, estarán previstas en el Código Penal y no podrá ingerirse en ellas la legislación provincial. Las que sólo afecten intereses inmediatos ó directos de una localidad particular, siendo á las demás indiferente que estén previstas ó nó, no formarán en el cuerpo del Código Penal; pero como la imposición de penas de cierta medida es un hecho que afecta á la comunidad entera, el Código fijará el maximo de penalidad que deba adoptarse”. Em seu artigo 6.º, determinou esse projecto penas que podiam ser impostas ás infracções das leis e disposições locaes das provincias, municipios e territorios federaes. Identico proceder, no tocante a este ponto, não teve o de 1906. Dedicando o seu terceiro livro ás contravenções de character geral, não mencionou quaes as pe-

1) v. Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, § 58, c., I, II.

nalidades que poderiam ser irrogadas, pelos governos provinciales, ás de indole local. Isso foi apontado como um erro. ¹⁾ O projecto de 1917 preferiu conservar o antigo systema, receioso das contradicções que poderiam advir da existencia simultanea de duas classes de infracções contravencionaes ; mas, no artigo 4.º, declarou as penas susceptiveis de ser empregadas na respectiva repressão — prisão até um anno, inhabilitação até tres e multa até quatro mil pesos, moeda nacional. O codigo vigente não se occupa com as contravenções ; e tambem não diz de que penas poderão usar as provincias. Na Suissa, os projectos destinados a unificar o direito penal do país deixam aos cantões o poder de legislar sobre materia de policia (não regulada por leis federaes) e de estabelecer penas para o caso de contravenção ás prescripções cantonaes de administração e processo. Na Allemanha, tendo-se facultado ás diversas unidades componentes da confederação o legislarem sobre toda materia que o codigo não houvesse regulado, indicou a lei de 31 de maio de 1870, no artigo 5.º, quaes as penas que por ellas podiam ser impostas.

Estes exemplos são instructivos. Elles mostram que, em países de regime federativo e de direito penal unitario como o nosso, gozam os Estados da prerogativa de punir as transgressões das suas leis ou regulamentos. Por que havemos de negar aos nossos esse direito, que lhes é tão necessario? Mistér se faz — e nisso insistimos — levantar barreiras a provaveis abusos na imposição das penas, *ad instar* do projecto argentino de 1891 e do codigo allemão. ²⁾

1) Peco, *La reforma penal argentina*, 173.

2) O projecto Sá Pereira attende a essa necessidade, dispondo no artigo 517: "Não é licito aos Estados reprimir as contravenções locaes com penas diversas daquellas com que, neste Codigo, se reprimem as geraes, fixar multa por criterio diferente do prescripto no artigo 63, nem impor pena privativa da liberdade por mais de seis meses". Este dispositivo nos suggere a seguinte observação: — para a pena privativa da liberdadeahi se estabeleceu um limite maximo, aliás, ao que nos parece, demasiadamente elevado ; por que não se fez o mesmo relativamente á pena de multa? A escala de uma a duzentas unidades, em se tratando de contravenções locaes ou até de contravenções de character geral, se nos afigura excessivamente ampla.

TITULO II

DOS CRIMES E DOS CRIMINOSOS

Art. 7. — Crime é a violação imputavel e culposa da lei penal.

I. — Escreveu algures o insigne Carrara que o melhor codigo, tanto para magistrados togados como para juizes leigos, era aquelle que menos definia. O legislador patrio assim não parece ter pensado, pois espalhou pelo codigo não poucas definições, todas ellas mais ou menos infelizes. No artigo supra se nos depara uma dellas, a do crime, em sentido formal. Com razão a critica a tem tachado de redundante. A culpa presuppõe a imputabilidade. Bastaria, portanto, dizer que o crime era a violação culposa da lei penal. ¹⁾ Rigorosamente perfeita, sob esse aspecto, era a formula do codigo da monarchia, quando julgava crime — “toda a acção ou omissão voluntaria contraria ás leis penaes”. Os melhores codigos e projectos não contêm definição do crime. ²⁾

II. — Em sentido material (sociológico-juridico) crime é a acção (positiva ou negativa) que offende ou põe em perigo determinados interesses, cuja incolumidade a lei protege com a ameaça e consequente imposição de pena. Esses interesses, assim protegidos, costumam ser denomina-

1) A definição foi copiada do projecto organizado pelo jurisconsulto português Levy Jordão (1864). Eis como elle, na sua admiravel exposição de motivos, a explica : — “A condição da imputabilidade da violação da lei está na **actividade consciente e livre** do individuo que a pratica ; mas no facto imputavel não ha criminalidade, sem que o elemento subjectivo revista a natureza de **intenção** ou de **culpa**, as duas unicas fontes da culpabilidade”.

2) Affastou-se desses modelos o projecto Sá Pereira. O artigo 20 declara: — “Crime é a acção humana violadora da lei penal, e dir-se-á consummado, quando todos os elementos da definição legal no acto punivel se integram”. Reunir em um só dispositivo duas definições differentes é cousa que, em boa technica, não se desculpa. Essas definições eram desnecessarias. Nada ellas adeantam. A primeira tem, além disso, o defeito de ser incompleta : — falta-lhe o elemento subjectivo da culpabilidade.

dos bens juridicos. Multiplos são esses bens. ¹⁾ Entre elles se enumeram, não só a vida, a integridade corporea, a liberdade, a honra, o credito dos individuos, mas tambem a veracidade, a authenticidade dos meios probatorios, a autoridade dos funcionarios, a paz publica, o territorio do Estado e muitos mais. Esse elenco varia, tornando-se, ora maior, ora menos. Na criação de bens juridicos — escreve Binding — o legislador só encontra limites na propria ponderação e na logica. Ha bens ou interesses juridicos que só são protegidos pela lei penal. Outros gozam de mais de uma protecção. Assim, por exemplo, a propriedade. Tambem o direito privado a ampara. Quando o Estado se deva utilizar do meio extremo da pena, é problema de politica social. Onde e quando esse meio possa ser evitado, cumpre empregar outro.

Os bens juridicos soem ser divididos em tres classes — bens do individuo, da sociedade e do Estado. ²⁾ Varia imensamente seu valor social. Alguns delles admittem ataques de extensões diversas. Estão nesse caso a integridade corporea e o patrimonio. A intensidade desses ataques pôde ser de diferentes gráus, indo, em escala descendente, da lesão até ao simples perigo geral. Todos estes aspectos da protecção juridica dos bens servem para a determinação da especie e da medida das penas. ³⁾

Com os bens juridicos, que constituem o objecto do crime, no sentido do direito, cumpre não confundir a pessoa (singular ou collectiva) ou a cousa sobre a qual o mesmo recae e que representa o chamado objecto material ou de facto. Desses dois conceitos se faz mistér ainda distinguir o

1) M. E. Mayer, **Lehrbuch**, p. 22 : — “Quem quizer saber que bens são bens juridicos deve estudar o direito em vigor”.

2) Alguns escriptores dividem os bens juridicos em duas classes : — bens dos individuos e bens da collectividade. E’ uma divisão analogá do direito em privado e publico (Merkel, **Enzykl.**, § 93 e seguintes). Outros porém, a maioria, propugnam uma divisão tripartida. Entre elles figuram Hegler, Birkmeyer, Frank, Stooss e v. Calker. Como bens da sociedade podem ser apontados : — a moralidade publica, o casamento, a religião, a tranquillidade publica, etc.

3) v. Hippel, **Deutsches Strafrecht**, § 3.

sujeito passivo do crime, que é o portador do bem juridico lesado ou ameaçado. 1).

A esta maneira de considerar o crime, dominante na Allemanha, mais ou menos espalhada na Italia, se contra-põem diversas teorias. A que ainda desfruta maiores adhe-sões entre os escriptores franceses e italianos é a da viola-ção de um direito subjectivo (privado ou publico). Esse direito varia conforme a especie do crime. Contra essa teoria dois argumentos principaes têm sido adduzidos : — o de que os direitos subjectivos são inviolaveis e o de que nem todos os crimes offendem direitos dessa natureza.

Ao lado dessa teoria, outra, muito discutida, merece ser lembrada. E' a de Binding. Para este celebre crimi-nalista, o crime não ataca um direito do offendido, mas o direito do Estado a ser obedecido. O direito, objectivo ou subjectivo, não é susceptivel de violação. Atacando bens juridicos, viola o delinquente o seu dever de obediencia ao Estado.

Innumeras foram as criticas que essa teoria provocou. Alguns a accusaram de excessivo formalismo. Outros a disseram contradictoria comsigo mesma. Liepmann asseverou que dentro della não havia lugar para os delictos culposos. 2).

Em antagonismo com essas teorias se acham as que accentuam unicamente as relações moraes do crime e que consideram como objecto do ataque, não interesses sociaes, mas deveres de ordem ethica.

Conhecidissima é a definição que de seu delicto natural formulou Garofalo : — “a lesão daquella parte do senso moral que consiste nos sentimentos altruisticos fundamentaes, piedade e probidade, segundo a medida média em que os mesmos se acham nas raças humanas superiores, medida que é indispensavel á adaptação do individuo á sociedade”. Dessa noção disse muito bem um escriptor portugûês : — “quaes-

1) K. Jacobs, **Schutzobjekt und Tatobjekt**, Strassburgo, 1914; Rocco, **L'oggetto del reato**, Milão, 1913.

2) **Einleitung**, p. 13.

quer que sejam os seus meritos, a verdade é que ella é de completa inefficacia teorica, legislativa e judiciaria". 1).

Reunindo o conceito fundamental do criminalista citado com os ensinamentos de v. Ihering, a escola positivista define o crime, no ponto de vista natural e social, como a "azione determinata da moventi individuali antisociali, che turbano le condizioni di vita e contravengono alla moralità media di un popolo in un dato momento". E' a noção baptizada com o nome Ferri-Berenini e que o primeiro reproduziu na exposição de motivos de seu projecto. Quanto ao crime, no ponto de vista puramente juridico, os positivistas se contentam em consideral-o como um acto humano que a lei pune com um pena.

III. — O crime tem um conteúdo subjectivo e outro objectivo. Tanto um como outro se compõem de elementos essenciaes e accidentaes. Os primeiros se bipartem em genericos e especificos. O conjuncto dos elementos, tomados syntheticamente, fórma o conceito do crime. Desse conceito não fazem parte as condições objectivas da punibilidade, condições que ás vezes a lei estabelece e que não são abrangidas pelo dolo ou culpa do agente. Essas condições são de direito material; não constituem requisitos processuaes. 2).

O crime póde ser consummado ou simplesmente tentado; e póde ser praticado por uma unica pessôa ou por varias. Crimes ha que exigem necessariamente pluralidade de agentes. Alguns consistem em um só acto; outros, em diversos. Alguns produzem um unico resultado; outros, dois ou mais, simultaneos ou successivos.

Os crimes denominados materiaes — uno ou multiplo o resultado — costumam ser bipartidos em crimes de violação (lesão) e de periclitación. No conceito destes ultimos entra, como elemento caracteristico, o da possibilidade da violação ou lesão, o elemento do perigo. Este póde ser

1) A. Costa, *Commentario ao codigo penal portuguez*, I, 242.

2) v. Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, § 44.

concreto (dependente do exame do juiz em cada caso particular) ou abstracto (independente desse exame). ¹⁾

Muitas são as divisões dos crimes mencionadas nos compendios e tratados de direito criminal. Quanto á culpabilidade, elles se distinguem em dolosos e culposos ; quanto á maneira material de serem commettidos, em de acção e omissão, de violencia e fraude, simples e complexos ; quanto á extensão, em communs e especiaes ; quanto ao resultado, em materiaes e formaes ; quanto á sua natureza intrinseca, em communs, anarchistas e politico-sociaes. Estas e outras divisões têm um valor muito relativo.

IV. — Os modernos estudos de criminologia procuram esclarecer quaes as causas do crime e qual a importancia de cada uma dellas. Essas causas, como resulta de taes estudos, pertencem a duas categorias: — são biológicas, proprias da constituição physio-psychica dos delinquentes ; e mesológicas, proprias do ambiente (physico ou social) em que elles actuam. Na etiologia do crime predominam, óra os factores de uma dessas especies, óra os de outra. Como muito bem disse v. Liszt : — “A observação ensina que todo crime nasce do concurso de dois grupos de condições : — de um lado, a natureza individual do delinquente ; e, de outro, as relações externas, physicas e sociaes, sobretudo economicas, que o cercam”. ²⁾ A prevalencia das circumstancias exteriores dá lugar aos crimes de occasião, á criminalidade aguda. A das qualidades pessoaes, aos crimes de estado, character ou tendencia, á criminalidade chronica. Foi na lucta contra essa criminalidade que o systema penal de nosso tempo se revelou impotente. A moderna politica criminal procura armar o Estado de meios mais efficazes de combate.

1) Frank, **Das Strafgesetzb.**, § I, II, 2.

2) v. Liszt-Schmidt, **ob. cit.**, § 3.

Art. 8. — Contravenção é o facto voluntario punivel que consiste unicamente na violação, ou na falta de observancia das disposições preventivas das leis e dos regulamentos.

I. — O artigo supra reproduz a definição do artigo 3.º do código português de 1852. Exclue, porém, a clausula final — “independentemente de toda a intenção malefica”, clausula essa, que, no dizer de Levy Jordão, ¹⁾ era a que estabelecia a differença radical entre as contravenções e os crimes.

Dentre os hodiernos escriptores de direito repressivo, em Portugal, Abel do Valle assim se pronuncia, comentando o código em vigor, que ainda conserva a antiga definição : — “A contravenção comprehende as acções ou omisões que, não sendo offensivas, em si mesmas, dos direitos de outrem, são declaradas puniveis, em razão do perigo que dellas pôde resultar contra a ordem ou tranquillidade publica”. ²⁾ Caeiro da Matta, outro criminalista desse país, observa que a differença essencial entre o crime e a contravenção “está em que o crime é uma violação ou falta de observancia das disposições repressivas e a contravenção das disposições preventivas, — aquellas as que punem um facto intrinsicamente immoral ou a simples intenção de fazer mal, sufficientemente revelada ; estas as que punem um facto que não é intrinsicamente immoral, mas que pôde ser causa ocasional de damno”. ³⁾

Em face de nosso código, as mesmas idéas são assim expostas por Lima Drummond : — “Os actos contraventores são punidos, porque são actos perigosos ao direito alheio. Esta é a verdadeira indole juridica da contravenção. O legislador, punindo os actos contraventores, tem por fim tutelar o direito, não immediata e directamente, mas mediata e indirectamente. A repressão das contravenções representa no organismo juridico social um papel pro-

1) **Commentario ao cod. pen. português**, I, 11.

2) **Anotações ao livro 1.º do cod. penal**, p. 17.

3) **Direito criminal português**, II, 162.

phylático ou hygienico, ao passo que a repressão dos crimes tem um fim therapeutico. A repressão das contravenções é um meio preventivo. O acto contraventor não é em si mesmo um mal, mas sómente o é porque a lei o prohiibe — *malum quia prohibitum*". 1). Em substancia : — para esses criminalistas, que escreveram tendo deante dos olhos um identico texto de lei, a contravenção não é senão a violação ou inobservancia, perigosa, de disposições preventivas das leis ou dos regulamentos.

O criterio de distincção adoptado pelo nosso codigo e pelo seu modelo é falso e imprestavel. Não é possivel deduzir do fim da nórma a idéa da contravenção. Todas as nórmas de direito criminal têm o intuito da prevenção, geral ou especial. Quanto á periculosidade, é um momento directivo e não fundamental. Contravenções existem em que se manifesta uma lesão concreta e um damno. Crimes ha de mera periclitacão concreta ou abstracta.

II. — Todos os esforços envidados pela sciencia para descobrir um traço de differenciação, claro e preciso, entre o crime e a contravenção têm sido improficuos. As discussões travadas a respeito no seio da União Internacional de Direito Penal foram de resultado desanimador. Em artigo estampado na *Zeitschrift* de v. Liszt (vol. XVI), Alfredo v. Weinrich, depois de passar em revista as teorias imaginadas a proposito, assim concluiu : — "Não é possivel levar a effeito uma distincção conceitual entre o crime e a contravenção. Isto é demonstrado pelo insucesso das tentativas feitas pela sciencia para chegar a esse fim".

Quando foi da elaboracão do codigo penal allemão, se reconheceu francamente, na exposicão de motivos, o nenhum exito de todos os tentames emprehendidos, desde a idade media até aquelle tempo, para encontrar a linha de separacão entre as acções puniveis criminalmente e policialmente (contravenções). Cerca de quarenta annos transcorridos, os motivos do projecto de reforma confessam a impossibilidade de uma demarcação satisfactoria. 2). Vem

1) **Direito criminal**, p. 69.

2) **Begründung**, VII.

a talho recordar o que disse v. Hamel na assembléa da União Internacional de Dir. Penal, em Budapeste em setembro de 1899: — “O código de meu país adopta a ~~distincção~~ bipartida, a divisão entre crimes e delictos de um lado e contra-venções de outro. Isto data de 1886, anno em que o código entrou em vigor. Mas permitti-me que dê testemunho do seguinte: — admittindo a divisão bipartida, a comissão que elaborou o projecto do código hoilandês se empenhou enormemente em descobrir uma formula scientifica satisfactoria, com o fim de distinguir os delictos e crimes de um lado e as contra-venções de outro. Varias formulas foram apresentadas nos relatorios e nas discussões. E surgiram varias opiniões acêrca do lugar que, no systema dessa distincção, devia occupar esta ou aquella infracção. Retirava-se de um projecto o que, no outro seguinte, se incluia. Era um “chassé-croisé” de propóstatas: — óra se tirava um delicto, que se havia collocado entre as contra-venções, óra uma contra-venção, que se puzera entre os delictos para remettel-os a uma ou outra categoria. O que se passou entre nós provou verdadeiramente, a meu ver, que essa distincção é, não só muito difficil, mas até impossivel de ser estabelecida”. 1). Que não ha no código hollandês differença qualitativa entre os crimes e as contra-venções é a opinião tambem de Swinderen. 2).

As legislações da França, Belgica, Allemanha, Austria e Espanha fundam a distincção em um criterio puramente quantitativo — o da gravidade da pena.

Na Italia, não obstante a explicação contida no relatório do ministro Zanardelli — “sono contravvenzioni quegli altri fatti, i quali, sebbene possano essere innocui per se stessi, presentano tuttavia un pericolo per la publica tranquillità o per altrui diritto”, a doutrina discute porfiadamente se existe um traço caracteristico das contra-venções e qual elle seja. Varios criterios differenciaes têm sido suggeridos; mas nenhum delles conseguiu ainda sahir illeso dos

1) *Bulletin de l'Un. de Droit Pénal*, VIII, 2.

2) *Esquisse de droit pénal*, I, 124.

ataques da critica. 1). São em grande numero os criminalistas desse país que só encontram entre as contravenções e os crimes uma differença quantitativa. Assim opinam os partidarios da escola positiva. 2). O criterio puramente quantitativo foi acolhido *apertis verbis* pelo projecto Rocco, artigo 42 : — “I reati si distinguono in delitti e contravvenzioni, *secondo la diversa specie di pene...*”.

Do que fica expellido se verifica quanta incerteza reina na doutrina e nas legislações a respeito do character objectivo, especifico, das contravenções. Menos prudentemente, o legislador patrio, em vez de deixar o problema entregue ás elocubrações da sciencia, tomou o alvitre de espouar uma das teorias em discussão. 3).

Qual o valor pratico da distincção que o codigo preferiu ?

— Nenhum.

O exame da parte relativa ás contravenções mostra que o proprio legislador não poude manter-se fiel ao criterio que, platonicamente, adoptara : — o livro III contem de tudo. E' uma mistura de grelos (para lembrar a phrase do deputado v. Zahmen, na dieta imperial allemã, a proposito da parte correspondente do codigo de seu país).

Sobre o elemento subjectivo das contravenções, veja-se o commentario ao artigo 24.

1) Uma excellente resenha expositiva e analytica das teorias italianas se encontra em Viazzi, **Contravvenzioni**, vol. XII do **Trattato** de Florian ; e tambem em Tosti, **Contravvenzioni**, I, cap. 2.º.

2) Ferri, **Principii**, § 93 ; Florian, **Parte generale**, I, n. 240.

3) Sobre a noção da contravenção, analogias com o crime e differenciação, escreveu em nosso país, optimamente, o dr. Mendes Pimentel (**Revista Forense**, XXXVI). Sobre a materia das contravenções no projecto de 1896, leia-se o artigo de Carvalho Mourão, na **Revista juridica** I, 36 e seguintes.

Art. 9. — E' punivel o crime consummado e a tentativa.

I. — A disposição acima, imitada do codigo espanhol (artigo 3) e do portuguez (artigo 8.º). era perfeitamente dispensavel. Não a encontramos nos melhores modelos.

E' inteiramente peculiar ao direito criminal a divisão dos actos illicitos em consummados e tentados. Na esphera do direito civil, todo damno, para que dê lugar a um resarcimento, precisa ser effectivo. Foi a *Constitutio Criminalis Carolina* o primeiro codigo que distinguiu claramente as duas modalidades do crime e imprimiu á tentativa um character autonomico. Data dahi a distincção, que é hoje universalmente acceita.

II. — As disposições da parte especial dos codigos penaes, assim como das leis extravagantes da mesma natureza, são formuladas, tendo-se em mente o crime consummado. A sua applicação á tentativa tem sido regulada de modos differentes. Os países em que vigora a divisão trichotomica estabelecem o principio da punibilidade da tentativa em todos os crimes, a punibilidade em alguns delictos e a não punibilidade nas contravenções. Os de divisão dichotomica punem a tentativa em todos os crimes ou delictos (palavras synonymas), exceptuando expressamente alguns casos ; e tambem deixam de punir a tentativa nas contravenções. ¹⁾ Dahi se póde concluir que os varios systemas juridicos só incriminam a tentativa, quando ella se relaciona com infracções mais ou menos graves. *Mi-nima non curat praetor.* ²⁾

1) Desenvolvidamente, sobre os diversos methodos de estabelecer a punibilidade da tentativa : — Frank, *Vergl. Darstellung*, p. g., V, p. 219 e seguintes.

2) Geyer, *Grundriss*, I, § 36.

Art. 10. — A resolução de commetter crime, manifestada por actos exteriores, que não constituírem começo de execução, não é sujeita á acção penal, salvo se constituir crime especificado na lei.

I — O artigo quer significar que não são puniveis os actos preparatorios, salvo quando a lei os qualificar como crimes especiaes. Disposição ociosa, ¹⁾, desde que adeante se-ia definir a tentativa (artigo 13), caracterizando-a como começo de execução.

A impunidade dos actos preparatorios encontra oppositores nos sectarios da escola subjectiva, os quaes opinam que o poder repressivo do Estado se deve pôr em movimento desde que o designio criminoso se exterioriza. ²⁾. Pertencem a essa phalange os positivistas. ³⁾. E' muito conhecida a teoria de Garofalo. Elle propugna a punição de todos os actos dessa natureza praticados por criminosos habituaes dentro de sua especialidade criminosa e de todos os que inculcam de modo inequivoco a propria intenção malefica. Esta opinião, que conseguiu o apoio de João Vieira ⁴⁾, e Lima Drummond, ⁵⁾, em nosso país, de Rivarola, na Argentina, foi acolhida em um dos projectos de codificação penal para

1) O projecto suisso de 1903, seguindo o exemplo de algumas legislações cantonaes (Argovia, 125 ; Lucerna, 28 ; Neuchatel, 1891, 51, etc.), consignou disposição especial acêrca da impunidade dos actos preparatorios. Gautier, no seio da segunda commissão revisora, depois de affirmar que não era exacto que os actos preparatorios não estivessem sujeitos á repressão da pena (e citou o caso dos cúmplices que muitas vezes só concorrem com actos dessa natureza), se manifestou pela inconveniencia de uma disposição expressa no referido sentido. E logrou ver vencedora a sua opinião.

2) Dos codigos existentes, o dinamarquês pune, quasi sempre, os actos preparatorios (§ 45).

3) Ferri, *Principii*, p. 526 : — “Per la Scuola Positiva... tutti gli atti in qualsiasi grado o forma di realizzazione esterna del pensiero delittuoso sono punibili, perché sono la esecuzione di un proposito criminoso e non sond degli atti indifferenti o legittimi”.

4) *Cod. pen. comm.*, II, 22.

5) *Direito*, XLVI, 323.

essa republica ; mas o codigo ha poucos annos promulgado não quiz abandonar a doutrina tradicional. 1).

Os adeptos da escola objectiva invocam razões diversas para fundamentar a impunidade dos actos preparatorios : — que elles não violam, *in totum* ou parcialmente, o respectivo preceito penal (Manzini) ; que não produzem damno immediato (Oliva) ; que são equívocos, isto é, podem ser intepretados em sentidos differentes (Resignani) ; que não indicam uma vontade firme e resoluta (Berner) ; e assim por deante. Carrara julgou desvendar o verdadeiro motivo dessa impunidade na circumstancia de recahirem — segundo elle disse — os actos preparatorios no proprio sujeito activo, primario ou secundario, do delicto. Mas essa opinião não convenceu a quasi ninguem. 2)

Em sua classica obra sobre tentativa, enumera Zachariae como actos preparatorios : — aquelles com os quaes visa o autor impedir que o crime seja descoberto ou assegurar os respectivos proventos ; aquelles com os quaes procura o mesmo autor obter ensejo e garantia para a execução ; os que consistem no preparo ou aquisição de forças, meios ou instrumentos necessarios ; e os que o autor pratica para se collocar na situação physica necessaria ao commettimento do crime. 3). Frank menciona como actos preparatorios : — a manifestação do designio criminoso, a procura de auxiliares ou participantes, o transporte para o local e outros mais. Actos ha que são de naturereza duvidosa. Assim, exemplificando, a escalada. Escriptores e tribunaes a têm considerado como simples acto preparatorio ; mas esse não é o modo de ver mais geralmente adoptado. 4).

Alguns systemas juridicos, com-quanto não punam os actos preparatorios, como taes, sujeitam aquelles que os

1) **Proyecto de cod. pen.**, de 1906, art. 44; **Exposición de motivos**, XLV.

2) Impallomeni foi dos poucos que abraçaram o novo criterio car-reareano ; mas não tardou em abjural-o, dizendo : — “á prova dos factos, achamol-o inadequado” (**Omicídio**, n. 145.) Mecacci escreve que elle — “ci impelaga in nuovi e sottili difficultá” (**Trattato**, II, 20).

3) **Die Lehre v. Versuch d. Verbrechen**, I, 310.

4) Frank, **Vergl. Darstell.**, p. g., V. p. 184 e seguintes.

praticam á vigilancia da policia, quando a segurança publica assim o exige ou quando os alludidos actos se referem a crime castigado com pena, mais ou menos, grave ¹. O codigo japonês declara puniveis os actos preparatorios nos casos de incendio (§ 113), homicidio (§ 201) e roubo (§ 237). E para elles commina a mesma pena (casa de correcção até 2 annos).

II. — Encontramos em nosso codigo, algumas vezes, actos preparatorios elevados á categoria de crimes especiaes. Typico é o caso do artigo 361, concernente ao fabrico e á posse de instrumentos propios para roubar. Assim tambem o desafio para duello (art. 307). Na lei n. 4870, de 27 de dezembro de 1923 (crimes de peculato, moeda falsa e falsificação de documentos), artigo 13, se acha tambem um crime subsidiario, formado de actos meramente preparatorios.

Sobre a delimitação entre taes actos e os de execução, veja-se o commentario ao artigo 13.

1) Hafter, **Lehrbuch**, p. 195.

Art. 11. — Quando depender a consummação do crime da realização de determinado resultado, considerado pela lei elemento constitutivo do crime, este não será consummado sem a verificação daquelle resultado.

Art. 12. — Reputar-se-á consummado o crime, quando reunir em si todos os elementos especificados na lei.

I. — Em crescido numero de casos, entra no conceito da consummação do delicto o verificar-se de um certo resultado. Assim, o homicidio não existe sem a morte de uma pessoa; a extorsão, o roubo, o estellionato (art 338, § 5º) não se dizem consummados em-quanto o autor, por ameaças, violencias ou manobras fraudulentas, respectivamente, não se apodera dos bens que tinha em mira. Constituem os actos anteriores á producção do resultado meras tentativas. Em outros casos, ao inverso, o crime, segundo a sua definição legal, consiste apenas em um facto que póde acarretar consequencias nocivas. A lei, querendo evitar que certos resultados se verifiquem, prohibe-os; mas, conscia de que determinadas acções soem, mercê de ciscumstancias externas, levar a resultados não desejados, veda tambem a pratica de taes acções. O crime neste caso se consumma desde que a actividade do delinquente haja attingido o ponto terminal assignalado pela lei. E' do conceito legal do crime que se deduz qual seja esse ponto. 1).

Costuma-se dar o nome de materiaes ou reaes aos crimes da primeira especie; e de formaes aos da segunda. Os artigos que annotamos, simples transcripção, invertida e em linguagem nossa, dos artigos 37 e 38 do codigo bavaro de 1813, se referem a essa distincção. Contra ella se têm pronunciado criminalistas da maior celebridade: — Schue-

1) Meyer-Allfeld, *Lehrbuch*, § 20, 5; v. Calker, *Grundriss*, § 6. 2; Frank, *Strafgesetzbuch*, p. 10; Carrara, *Programma*, p. g., § 50; Mecacci, *Trattato di dir. pen.*, I, 245 Haus, *Principes*, n. 418 e seguintes; e muitos outros.

tze, ¹⁾ v. Liszt, ²⁾ Birkmeyer, ³⁾ v. Lilienthal, ⁴⁾ Janka, ⁵⁾ v. Hamel, ⁶⁾ Rocco, ⁷⁾ e outros mais. O argumento capital dos que a combatem se encerra no seguinte: — toda acção produz uma alteração no mundo externo, um resultado; este póde destacar-se mais ou menos da manifestação da vontade; isto permittirá uma differenciação quantitativa, mas não uma distincção qualitativa, como a que se pretende, quando se dividem os crimes em materiaes e formaes ⁸⁾. A este argumento se tem respondido, com vantagem, que, sem duvida, todas as acções produzem uma mudança no mundo exterior, um resultado, mas que não é desse resultado generico que se cogita, quando se separam os crimes nas duas referidas categorias: é de um resultado que entra como elemento integrante de certos crimes e de outros não ⁹⁾.

A distincção entre crimes materiaes e formaes diz respeito tanto aos crimes commissivos como aos de omissão. Estes, se verdadeiros ou proprios, são crimes formaes.

II — Entre as questões interessantes que podem ser suscitadas, em se tratando de delictos consummados, estão as que se prendem á efficacia do arrependimento e da indemnização do prejuizo ou reparação do mal causado. O primeiro, conforme diversas legislações, acarreta em alguns casos a impunidade do crime, embóra consummado. Um exemplo apenas: segundo o § 310 do código penal allemão, o incendiario que, antes de haver sido percebido o incendio ou deste se alastrar, o apaga, fica livre de punição. ¹⁰⁾ E'

1) **Lehrbuch**, § 43,2.

2) **Lehrbuch**, § 27.

3) **Theilnahme**, § 39

4) **Festgabe fuer Wetzel Strafr.**, 253.

5) **Lehrbuch d. oesterr. Strafr.** 60.

6) **Inleiding**, I, 189.

7) **L' oggetto del reato**, n. 103.

8) v. Liszt-Schmidt, **Lehrbuch**, § 28.

9) **Beling, Lehre v. Verbrechen**, p. 204 **Kitzinger, Ort und Zeit; d. Handlung**, 72.

10) Os projectos de reforma ampliam a isenção a outros casos, mas a tornam facultativa.

um caso analogo o da retractação no crime de perjurio. O artigo 263 de nosso codigo lhe attribue effeito extinctivo. O perjuro que se retracta, antes de ser proferida a sentença na causa, fica isento de pena. ¹⁾.

A idéa da exclusão da pena pela voluntaria restituição dos objectos em que hajam recahido os crimes contra a propriedade ou pela respectiva indemnização, é hoje geralmente combatida, ²⁾. Mas, expressa ou tacitamente, quasi todas as legislações encaram esses factos como minorativos da responsabilidade, o que é muitissimo razoavel.

1) Esse effeito reconhecem-no varias legislações, como se vê em Stooss, **Vergl. Darstellung**, p. esp., III, 375. Outras só concedem á retractação efficacia attenuante. O projecto Sá Pereira se alista neste primeiro grupo ; mas a phrase do artigo 456 — “a tempo de impedir-lhe os effeitos” delimita dubia e vagamente a opportunidade da retractação. Melhor é a do codigo vigente.

2) Geyer, **Kleinere Schriften**, 318 ; Lommasch. **Diebstahl und Beleidigung**, 34 ; Schoetensack, **Vergl. Darstellung**, p. g., II, 482.

Art. 13. — Haverá tentativa de crime sempre que, com intenção de commettel-o, executar alguém actos exteriores que, pela sua relação directa com o facto punível, constituam começo de execução, e esta não tiver lugar por circumstanças independentes da vontade do criminoso.

I — Estão os criminalistas concórdes em proclamar a doutrina concernente á tentativa uma das mais difficeis da parte geral do direito repressivo. E com razão. Os romanos não chegaram a reconhecer a tentativa como fórmula especial de crime ¹⁾. Assim não pensavam os praticos da idade media, os quaes, imaginando encontrar nas fontes romanas os principios da teoria da tentativa, foram, na realidade, os creadores delles. ²⁾. Os ensinamentos dos glosadores e post-glosadores adquiriram nos varios países da Europa immensa autoridade. Foi sob a influencia desses ensinamentos que, ao elaborar a Constituição da justiça criminal de Bamberg (1507), a *mater Carolinae*, Schwartzenberg redigiu o artigo 204, reproduzido “ipsis litteris” no artigo 178 da celebre ordenança de Carlos V, a respeito do “*understandene Missethat*”: — “Item se alguém se abalancar a alguma malfeitoria por actos inequívocos que para a consummação della sejam proprios, sendo a consummação da dita malfeitoria impedida por outros meios contra a vontade do malfeitor, tal vontade perversa, de que, como ficou dito, algum acto se seguir, será criminalmente punida; mas a punição será em certos casos mais severa do que em outros...” A C. C. C. serviu de modelo a varias legislações territoriaes; e, directa ou indirectamente, concorreu para que se implantasse o uso de encarar a tentativa como uma figura criminosa distincta do crime consummado. Entre as legislações que assim procederam cumpre apontar a *josephina* (1787). No § 9 do capitulo I dessa codificação

1) Binding, *Grundriss*, § 52; Mommsen, *Roem. Strafr.*, ps. 95 e 97; Ferrini, *Dir. pen. romano*, cap. IX.

2) Seeger, *Die Ausbildung d. Lehre v. Versuche in d. Wissenschaft d. Mittelsalters*; Herzog, *Ruecktritt u. Versuch*, § § 13 a 23.

se lia (consoante a traducção italiana de que Eisenmann nos dá noticia) : — “Anche il solo attentato d’una azione criminosa deviene un delitto, tosto che il malintenzionato si sarà accinto all’execuzione, ed avrà manifestato il suo animo con qualche segno esterno, col atto, sebbene poi il fatto sia rimasto inesequito a cagione della propria di lui impotenza, prodotta dal caso o da qualche impedimento sopravvenuto d’altronde”.

Quando, no decurso do anno de 1792, se tratou de completar, em França, as disposições do codigo do anno anterior (o qual só em casos determinados punia o delicto tentado), o autor do projecto (Pastoret), que depois se transformou na lei de 22 de Pradial do anno IV, confessou de peito aberto haver-se inspirado na obra do imperador austriaco. A lei de 22 de Pradial foi reproduzida no artigo 2º do codigo napoleonico (1810). E dahi se espalhou pela quasi totalidade das legislações do velho e do novo mundo. Os codigos penaes do orbe civilizado, em quasi sua unanimidade, incluem na parte geral, a noção da tentativa, vazada nos moldes do codigo francês ou nos do bavaço de 1813. Este procedimento, applaudido pelo grupo allemão da U. I. de Direito Penal, ¹⁾, têm-no tambem os ultimos codigos promulgados, como, exemplificando, o argentino, o turco e o espanhol. Não se afastam destes precedentes os mais novos projectos de refórma.

II. — Offerecem-nos os escriptores innumeradas definições de tentativa. Dentre ellas lembraremos apenas uma. Seja a do classico Zachariae. Tentativa de crime — assim se exprime elle — é a acção ou omissão intencional e externa que, dirigindo-se á perpetração de um crime, nem tudo realiza que é necessario para a consummação do mesmo crime, segundo o seu conceito legal. ²⁾. Teóricamente é uma

1) *Bulletin*, X, 460.

2) *Versuch d. Verbrechen*, I, 27. E’ erro definir a tentativa, como — a execução parcial do designio criminoso (Romagnosi, Geyer, v. Calker). Constituem por acaso os ferimentos produzidos em alguém com a intenção de lhe causar a morte execução parcial ou incompleta, parte aliquota, do homicidio?

definição satisfactoria. O direito positivo dos povos, porém, no ponto de vista da punibilidade, estabelece noção mais estreita, a noção legal da tentativa. E' o que faz o nosso código no artigo que commentamos. De conformidade com a noção contida nesse artigo, os elementos constitutivos da tentativa são :

a) a intenção, por parte do autor, de commetter o crime ;

b) a pratica de actos externos ;

c) a relação directa entre esses actos e a execução, isto é, que esses actos formem começo de execução do crime ; e, finalmente,

d) a suspensão da execução por circumstancias independentes da vontade do criminoso.

A phrase "com intenção de commettel-o (o crime)" "significa que para a tentativa é indispensavel a intenção criminosa, o dolo. Fica completamente relegada a idéa de um *conatum culposum*. No dominio da doutrina, essa idéa, que o supremo vulto da escola ontológica italiana, o eminente Carrara, appellidava um monstro lógico, já não encontra a antiga repugnancia. Muitos criminalistas a sustentam. 1). Os nossos continuam fieis á *communis opinio*.

Todas as especies de dolo se conciliam com a idéa da tentativa ?

1) Entre os antigos, Hepp assim se exprimia, admittindo a **culpa attentata** :—"... se se dá, como não se póde pôr em duvida, um delicto consummado culposo, tambem se deve dar um delicto culposo, não consummado (iniciado-tentado) ; tanto mais quanto todo delicto consummado encerra necessariamente o tentado, ou, para dizel-o em outras palavras, o delicto tentado forma um elemento integrante do consummado (**Scritti germanici**, de Mori, III, p. 33) ". Entre os modernos :—Frank, na **Vergl. Darstellung**, p. g., V. p. 189 ; v. Liszt-Schmidt, **Lehrbuch**, § 46, n. 9 ; Finger, **Lehrbuch d. deut. Strafr.**, I, 314 ; Angiolini, **Dei delitti colposi**, cap. IX ; O. Vannini, **II tentativo**, p. 75, que diz ser a opinião dominante — "um derivato di quella forza d'inerzia che sventuratamente non manca talvolta anche alle teoriche dei sommi giuristi" ; Gallet., **La notion de la tentative punissable**, 119 ; Caeiro da Matta, **Dir. pen. port.**, II, 260.

A resposta deve ser negativa com relação ao dolo geral (*dolus generalis*) e ao indirecto. O primeiro, conceituado como a vontade, a intenção genérica de fazer mal (*intention de nuire*), não passa, no ponto de vista da psychologia e do direito, de um mytho, de uma chiméra. E' impossivel agir *in genere*, sem uma correspondente especialização. O segundo é um mixto de dolo e culpa. O resultado que sobrevem ao *exercitium rei illicitae* só é voluntario por uma presumpção da lei. Isto basta para explicar a incompatibilidade dessa pseudo especie de dolo com a idéa da tentativa. Quanto ao dolo indeterminado (alternativo ou eventual), não ha razão alguma para suppol-o inharmonizavel com a tentativa. Se na jurisprudencia francesa e italiana inda predomina a opinião contraria, duas causas para isso concorrem: — a confusão entre o dolo indeterminado e o *dolus generalis* e a influencia perniciosa da velha poremia "*dolus indeterminatus determinatur ab eventu*". Na Allemanha, Austria, Hollanda e Noruega é corrente a opinião de que a tentativa se adjectiva perfeitamente com o dolo indeterminado (alternativo ou eventual). 1). Assim pensa, em nosso país, Tobias Barreto. 2). No mesmo sentido sempre nos pronunciamos. Entendem alguns que, nesse caso, a responsabilidade do delinquente deve medir-se pelo resultado mais grave, embóra não realizado. Quem desfecha em outrem um tiro de espingarda ou de revolver, com a intenção alternativa ou eventual de ferir ou matar, indifferentemente — exemplifica v. Liszt — deve responder por tentativa de homicidio, se sómente fére ou se não attinge o alvo, por circunstancias independentes de sua vontade. 3). Outros acham que a responsabilidade não deve ir além do mais léve dos resultados previstos. 4). O dolo repentino ou de impeto não

1) Frank, *ob. cit.*, p. 193.

2) **Estudos de direito**, p. 139.

3) **Lehrbuch**, § 46; Olshausen, **Strafgesetzbuch**, § 43,5; Meyer-Allfeld, **Lehrbuch**, § 35; Gessler, **Begriff u. Arten des dolus**, 101; Baumgarten, **Versuch**, 352; Impallomeni, **Istituzioni**, 343; O. Vannini, *ob. cit.*, p. 59 e seguintes.

4) v. Bar, **Gesetz und Schuld**, II, § 278.

exclue a idéa da tentativa. As duvidas a respeito, filhas de uma erronea concepção dessa modalidade do dóllo, de ha muito se dissiparam. 1).

O segundo elemento da tentativa — a execução do acto exterior — quer significar que, em-quanto o designio criminoso se conserva na esphera da actividade psychica do homem, não póde estar sujeito á repressão penal. *Cogitationis poenam nemo patitur* (Ulpiano, l. 4, D. IV, 19). Dizem os allemães : — *Gedanken sind Zollfrei*. E os italianos repetem : — *pensiero non paga gabella*. O direito regula relações externas. Não póde abranger factos que se passam no intimo da consciencia. Esta, na phrase do eloquente Groizard, é um livro cerrado em que nenhum juiz da terra póde ler. *Solus Deus est cordium scrutator*.

A exteriorização do intento criminoso se verifica sob numerosas fórmãs. A palavra, escripta ou fallada, é uma dellas. Porisso a ameaça (Codigo, art. 184) não representa um caso excepcional de repressão da resolução criminosa (como entenderam Rossi e outros) : — ella constitue um acto externo, capaz de causar, só por si, uma perturbação social, de abalar a paz juridica alheia.

Os actos exteriores devem importar um começo de execução, pela sua relação directa com o facto punivel. Pretendeu o legislador patrio, com esta phrase (mutuada do codigo argentino, hoje revogado), assignalar um criterio de distincção entre os actos preparatorios e os de execução. Fêl-o, porém, improficuamente. A despeito do texto claro e positivo do codigo de seu país, os escriptores argentinos se viram na necessidade de acceitar, para a determinação dos actos que constituem tentativa, o criterio da inequivo-

1) O “impetus” foi considerado uma modalidade da culpa (em sentido restricto), um mixto de dóllo e culpa, ou uma especie de dóllo indetermido (“dolus generalis”). Esta erronea conceituação explica que se opinasse ser elle incompativel com a idéa da tentativa. A verdade é que, como se exprime Impallomeni, “anche nella concitazione passionale... puó esservi il proponimento di commettere un delitto piu grave di quello contenuto nella materialità dell’azione compiuta”. Veja-se na literatura patria G. Siqueira, **Direito penal**, I, n. 93, “in fine”.

cidade. De todos os criterios até ao presente excogitados para servirem de base á distincção entre aquellas duas categorias de actos, é o da inequivocidade, irrefragavelmente, o melhor, o que ministra mais acertadas soluções, embóra falhe uma ou outra vez. Carrara o abandonou como empirico e falaz ; mas não conseguiu descobrir outro mais perfeito. ¹⁾ Deante do máu exito de todos os esforços empregados para estabelecer, conceitualmente, a alludida distincção, não poucos criminalistas consideram o problema como insolúvel. Os subjectivistas repellem o “começo de execução” como ponto inicial da tentativa criminosa. As legislações mais recentes, entretanto, continuam a dar preferencia a essa circumstancia. Servem-se das “ominosas palavras”, entre outros, o codigo do Japão (§ 43), o da Argentina (art. 42), o da Turquia (§ 61), e o penultimo delles, o da Espanha (art 38). Os projectos de refórma (exceptuado o de Ferri) seguem o mesmo rumo.

O derradeiro elemento componente da tentativa criminosa é apresentado em nosso codigo, como em outros, debaixo de uma fórma indirecta — “e esta (a execução) não tiver lugar por circumstancias independentes da vontade do delinquente”. Numeroso grupo de legislações não include este requisito no conceito da tentativa: — faz da desistencia ou arrependimento uma dirimente, consignada em dispositivo especial. Deste modo procedem os codigos da Allemanha (§ 43), Noruega (§ 49), Argentina (antigo, art. 9.º), e outros mais. Applaudem esse systema autoridades da maior fama. ²⁾

1) Magnifica exposição analytica dos criterios propostos para a caracterização dos actos de execução se encontra em Hugo Meyer, *Der Anfang der Ausfuehrung*, Tuebingen, 1892. Na literatura monographica italiana, Leto, *Gli atti di esecuzione nel tentativo*, Palermo 1908. A moderna teoria de Carrara se acha muito bem confutada em Baumgarten, *ob. cit.*, p. 201 ; Meccaci, *Trattato*, II, 20, e outros. A de Impallomeni, estribada na distincção entre causalidade inerte e causalidade em movimento (*Omicidio*, p. 320), não passa de um jogo de palavras.

2) Glaser, *Studien z. Entwurf d. oesterr. Strafgesetzes*, p. 111 ; Schwarze, no *Handbuch*, de v. Holtzendorff, II, 304.

Se a execução deixa de ser levada a cabo por vontade do agente, desaparece a tentativa. A desistencia basta que seja voluntaria ; não precisa obedecer a motivos de ordem ethica, a um impulso virtuoso da consciencia. A opinião contraria poucos actualmente a sustentam. 1). Quando o agente se abstem de proseguir na execução do crime por imaginal-a, erroneamente, impossivel, não existe na realidade desistencia. O mesmo se deve dizer, quando elle deixa apenas de repetir um acto que falhou. Quem, armado de um revolver de cinco tiros, detona uma das balas. que não fere o alvo, e não repete o acto, não desiste. Ha ahí uma perfeita tentativa. Assim não opinam Zachariae, 2), Hatzige, 3), e, entre nós, Tobias Barreto. 4). Mas Herzog, 5), v. Bar, 6), Frank, 7), entre os allemães, Crivellari, 8), e Majno, 9), entre os italianos, se occupam da hypothese e a resolvem em sentido negativo da desistencia. Com o primeiro desses criminalistas se deve notar que o momento da actividade do mundo externo se reputa como terminado, quando o alvo é atingido ou o golpe falha ; e que o acto realizado não perde a sua individualidade, por-

1) Os projectos italianos se collocam em pontos de vista oppositos : — o de Ferri exige que a desistencia seja feita expontaneamente, isto é, “deve indicare um proposito di ravvedimento od almeno non essere imposto da circostanze esteriori urtanti contro il proposito delittuoso”. O projecto Rocco se satisfaz com a voluntariedade da desistencia ou do impedimento. Igual divergencia se nota entre dois dos mais recentes codigos, o peruano (art. 95) e o espanhol (art. 40). O argentino emprega a palavra “voluntariamente”. O projecto Sá Pereira trata do assumpto sob a rubrica **arrependimento**, expressão que faz suppôr um motivo de ordem moral. Define o arrependimento como desistencia espontanea. E não admittie o arrependimento se a tentativa se repete, o que é injusto.

2) *ob. cit.*, II, 256.

3) *Ueber d. Ruecktritt v. Versuch*, 42.

4) *Estudos de Direito*, 209.

5) *Ob. cit.*, p. 237.

6) *Gesetz und Schuld*, II, 158.

7) *Ob. cit.*, 238.

8) *Il Codice penale*, IV, 66.

9) *Commento al Cod. pen.*, n. 296. Em identico sentido Manzini, *Trattato*, II, 379.

que outros, tendentes ao mesmo escopo, deixam de ser praticados.

Deve ser concedida a impunidade a quem desiste de levar avante a execução do delicto pelo temor de ser descoberto?

E' necessario distinguir: — se o autor enxerga no descobrimento um obstaculo que não lhe permittirá proseguir na execução iniciada, não; em outros casos, desde que se possa reconhecer a voluntariedade da desistencia, sim. A desistencia temporaria basta para excluir a tentativa. Cumpre, todavia, não confundir esse caso com o da interrupção da execução (do arrombamento, por exemplo, pelo cansaço ou por ter sobrevindo o dia).

Da desistencia, propriamente dita, só é possível falar em-quanto a actividade do agente não está terminada. Se a mesma já chegou ao seu fim, ficando o resto dependente apenas do causalismo da natureza, uma simples passagem á inacção não equivale á desistencia. E' necessario que o agente torne os actos praticados incapazes de produzir o effeito a que elles tendiam, faça parar a roda já em movimento das relações causaes. Os allemães usam neste caso da locução “arrependimento activo (*thaetige Reue*)”. O codigo patrio, muito sabiamente, não distingue entre tentativa inacabada e acabada, entre tentativa e delicto falho. ¹⁾

Mas a desistencia, no caso correspondente á tentativa acabada dos allemães, ou ao *delitto mancato*, dos italianos, exige, por parte do agente, uma actividade neutralizadora da actividade anterior. Se desta alguma cousa restar, que constitua delicto, por elle deverá responder o desistente.

1) Os projectos italianos aboliram o delicto frustrado, que ainda apparece no codigo canonico (2212, § 2) e no espanhol (art. 37).

2) A nossa jurisprudencia tem tido occasião de se pronunciar a respeito da materia. Correcta a decisão proferida, em 9 de Julho de 1915 pela Relação de Minas (**Revista do Supremo**, VIII, 499). Erroneos os accordams que se encontram na **Rev. dos Tribunaes**, XXXV, 248, do Tribunal de S. Paulo, e na **Revista do Supremo**, XLIX, 270, da Côte de Appellação do Rio.

Nem todas as legislações dão á desistencia a mesma effíccia. Algumas consideram-na apenas como attenuante. O código japonês (§ 43) deixa ao arbitrio do juiz determinar-lhe os effeitos. O da Noruega (§ 59) e os projectos suíços, no caso em que o agente haja procurado afastar o resultado, sem o conseguir, concedem uma minoração da pena. Só o direito inglês nega qualquer effíccia á desistencia.

III. — Assumpto de profundas dissensões entre os criminalistas é o de saber qual o fundamento politico-juridico da punição da tentativa. Duas escolas se combatem porfiadamente — a objectiva, que baseia essa punição no perigo que a tentativa apresenta para o bem juridico ameaçado ou para a ordem juridica ; e a subjectiva, que, negando valor á idéa do perigo, assenta a punição na simples manifestação da vontade criminosa. Alguns escriptores procuram harmonizar estas duas correntes ; mas sem que o consigam. Geyer os qualifica como subjectivistas. E v. Buri os apóda de inconsequentes.

A respeito da não punibilidade da tentativa, no caso de desistencia, das razões que a justificam, variam muitissimo os criminalistas. Uns affirmam que ella se apoia unicamente em motivos de politica criminal, de equidade ou de sentimento. Outros a derivam de uma necessidade dogmatica (*tenor juris*). As teorias expedidas pelos escriptores deste segundo grupo — da annullação, da nullidade, da fraqueza da vontade (*Infirmiactstheorie*) e da presumpção — se acham resumidas e criticadas, admiravelmente, na monographia de Herzog ¹⁾.

1) Consulte-se sobre o assumpto Tolomei, **Il problema giuridico della desistenza**, na *Riv. di dir. e procedura pen.* III, p. 193 e seguintes. E do mesmo escriptor **Il pentimento nel diritto penale**, Turim, 1927.

Art. 14. — São considerados sempre factos independentes da vontade do criminoso o emprego errado, ou irreflectido, de meios julgados aptos para a consecução do fim criminoso, ou o mau emprego desses meios.

Paragrapho unico. — Não é punivel a tentativa no caso de inefficacia absoluta do meio empregado, ou de impossibilidade absoluta do fim a que o delinquente se propuzer.

I. — Vimos no commentario do artigo anterior que o ultimo dos requisitos da tentativa era a interrupção da execução por circumstancias independentes da vontade do criminoso. Não podia o legislador enumerar taes circumstancias, infinitamente varias. Mas, na primeira parte deste artigo, faz referencia a uma classe dellas : — ao emprego errado, irreflectido, ou mau, de meios julgados aptos para a consecução do fim criminoso. Defeituosamente redigida, essa disposição é de manifesta superfluidade. Carece de relevancia, para a existencia da tentativa, que esta não haja alcançado a *meta optata* por circumstancias exteriores (como a intervenção de terceiros, a repulsa da victima, etc.) ou por erro ou inhabilidade do autor. Em ambos os casos o crime fica *in itinere* contra a vontade do delinquente. Cumpre advertir que não basta que este julgue os meios aptos (critério puramente subjectivo) ; é mister que elles o sejam na realidade, ao menos relativamente.

II. — No paragrapho accrescentado ao artigo diz o codigo não ser punivel a tentativa no caso de inefficacia absoluta do meio empregado, ou de impossibilidade do fim a que o delinquente se propuzer. Regula-se neste paragrapho uma das mais controvertidas materias do direito repressivo, a da tentativa chamada inidonea ou impossivel. Vivas e interminaveis discussões se têm travado a respeito. Nada faz prever a possibilidade de uma solução definitiva.

Da leitura do paragrapho que analysamos se deduz “a contrario” que o codigo considera punivel a tentativa no



caso de inefficacia relativa do meio ou de impossibilidade relativa do fim. O legislador patrio abraçou, portanto, a doutrina que distingue entre a inidoneidade absoluta e a relativa. A inidoneidade dos meios é da primeira especie, quando elles são radicalmente inefficazes, quando não podem de modo algum produzir o resultado almejado. Cita-se como exemplo o caso do individuo que, com a intenção de causar a morte de outrem, desfecha uma arma, que suppunha carregada, mas que não o estava. A inidoneidade ou impossibilidade do fim pertence a essa especie, quando o objecto do delicto não existe ou não possui a qualidade essencial exigida pelo respectivo conceito. Exemplificando: — a pessoa contra quem o agente, com *animus necandi*, disparou as balas do seu revolver tinha antes fallecido, era apenas um cadaver. A mulher em quem se quer provocar um aborto não está grávida. Os meios se dizem relativamente inidoneos, quando em si são capazes de produzir o resultado previsto, mas, no caso concreto, se mostram insufficientes ou mal empregados. A propinação de veneno em dóse inferior á necessaria é um dos exemplos de semelhante inidoneidade. O fim é relativamente inidoneo ou impossivel, quando o objecto do delicto está protegido contra a violação por circumstancias ou condições especiaes. Isto se verifica no caso do ladrão que, arrombando um cofre, nelle não encontra os valores procurados, porque o respectivo dono anteriormente os guardára em outro lugar.

A distincção que o codigo consagrou, com-quanto patrocinada por numerosos criminalistas, pertencentes aos mais diversos países, tem sido combatida com argumentos verdadeiramente irrespondiveis. Escolastica e arbitraria, nenhum criterio seguro lhe serve de alicerce. Na pratica, produz as maiores incertezas. E' edificante observar como os escriptores e os tribunaes, que a seguem ou applicam, resolvem os casos que lhes são propostos.

Os sectarios da escola denominada objectiva se separam em dois grupos: — um, diminuto, (Geyer, Rubo, Vannini e poucos mais), sustenta a não punibilidade da tentativa inidonea, sem distinguir entre inidoneidade absoluta

e relativa ; outro, numeroso (Mittermaier, Geib, Carrara, Pessina e muitos mais), só a toléra na primeira hypothese. No tocante ao motivo da impunidade, dissentem muitissimo os objectivistas. Uns asseveram que a tentativa inidonea não indica sufficientemente a vontade criminosa ; outros, que no caso falta uma acção violadora ou perigosa ; e ainda outros, que nella não se verifica um começo de execução, porque não se começa o que não póde ser levado ao fim. A inanidade destas e outras razões tem sido demonstrada pelos adversarios do objectivismo.

A escola subjectiva nenhum apreço liga á idoneidade ou inidoneidade dos meios ou do objecto. Ella assim raciocina: — A tentativa nunca póde reunir todos os elementos do crime consummado ; e, como nella o resultado de todo não se realiza, é indifferente a quantidade objectiva, isto é, o ponto a que attingiu a execução do mau proposito. O que na realidade subsiste é unicamente a manifestação da vontade do agente. Ella não muda de natureza pela maior ou menor possibilidade do resultado. A tentativa começa desde que a intenção criminosa se exterioriza de modo a poder ser conhecida. No caso de inidoneidade do meio ou do objecto, essa intenção póde muito bem ser deduzida do facto e suas circumstancias. Não ha objecção séria contra a punição em taes condições. desde que o proprio agente esteja persuadido da idoneidade do meio ou do objecto. Em abstracto todo meio é idoneo; em concreto, nenhum se mostra dotado dessa qualidade. Tanto no caso de inidoneidade do meio como no do objecto a criminalidade result a do elemento subjectivo da vontade. De perigo objectivo só é licito fallar quando se tenha dado uma violação. Então, sim, será permittido asseverar que existia perigo. Este só se demonstra *ex post*. Presumil-o *ex ante* é contentar-se com abstracções. Assim argumentam v. Buri, o mais consequente dos subjectivistas, e seus sequazes.

! No ponto de vista da teoria objectiva se acham as legislações da Italia, Belgica, Espanha, Portugal e de outros países. Ellas punem a tentativa inidonea se a inidoneidade é relativa. Em França, a tendencia é para reconhecer,

com a escola subjectiva, a punibilidade dessa tentativa. sem distincção alguma. ¹⁾. Os tribunaes, entretanto, continuam indecisos. A teoria e a praxe na Hollanda caminham para o subjectivismo. Subjectivistas são a Noruega e a Dinamarca. ²⁾. Na Allemanha desde 1880 sob a influencia, de v. Buri, o Tribunal do Imperio adoptou a idéa da punibilidade da tentativa absolutamente inidonea. Os tribunaes inferiores a principio relutaram em se conformar com essa jurisprudencia. O primeiro projecto de refórma (1908) esposou a teoria subjectiva, permittindo porém. a impunidade em casos especialmente leves. ³⁾. O contra-projecto de v. Listz, Goldschmidt e outros tambem seguiu a mesma direcção. Della se não afastaram os projectos posteriores. Os suissos, o chéco-eslovaco e o grego se filiam na corrente subjectivista. Todos estes projectos. todavia excluem da punição certos casos. Assim, por exemplo, o checo-eslovaco isenta de toda pena a tentativa inidonea. quando o erro do autor proviér de superstição ou de grosseiro desconhecimento das leis naturaes.

Em nosso continente, o moderno codigo peruano positivamente adheriu a essa teoria (artigo 98).

Na literatura juridica brasileira, partidario da escola subjectiva foi o dr. Lima Drummond. Eis como elle se manifestou, na sua cadeira de professor : — “A teoria objectiva é obscura, porque na pratica é muito difficil distinguir os casos de tentativa impossivel por inefficacia absoluta ou relativa de meio. Tal é esta difficuldade, que notaveis criminalistas, confundem casos de inefficacia ou impossibilidade relativa com casos de impossibilidade ou inefficacia absoluta de meios. Os argumentos irrefutaveis da escola subjectiva, impõem a sua acceitação ; ella não cogita de distincções bysantinas ; pune justamente a resolução criminosa, mani-

1) Saleilles, *Révue pénitentiaire*, 1897, 53 ; Garçon, *Code pénal annoté*, art. 3, n. 109 ; Mercier, *De la tentative et du délit impossible*, 85 ; Garraud, *Traité*, I, 294 ; Degois *Traité elem.*, n. 269.

2) Frank, *Vergl. Darstellung*, p. g., V, 258.

3) *Begründung* I, 289.

festada por actos inequívocos no mundo exterior". 1). João Vieira, em seu projecto, nada preceituou a respeito da tentativa inidonea. Galdino Siqueira redigiu o artigo 8.º do seu, inspirando-se na teoria conciliadora de v. Listz. O projecto da Camara dos deputados, exstrictamente objectivista, só punia a tentativa que se manifestasse por meios idoneos. Escrevendo a respeito, disse o dr. José Hygino : — "Tem razão o projecto em querer resolver a questão da tentativa impossivel por um dispositivo expresso ; mas não concordamos com a solução por elle dada, que, além do mais, está em contradicção com as tendencias das legislações modernas". Propoz o illustre criminalista a seguinte fórmula : — "A tentativa por meio inidoneo ou contra objecto improprio será punivel, quando as circumstancias conhecidas pelo delinquente no momento do acto não excluirem a possibilidade da consummação do crime". 2). Repete-a, peiorando-lhe a redacção, o projecto Sá Pereira.

Os casos de tentativa inidonea ou impossivel são raros. Dahi a pobreza da jurisprudencia, principalmente da nossa, a respeito. 3). Com elles não se deve confundir o chamado delicto putativo. Este consiste na pratica de um acto que o autor suppõe vedado pela lei penal, mas que não o é. O erro neste caso recae, não nos meios empregados ou no objecto do delicto, mas na existencia de uma norma

1) Lições, p. 88.

2) A fórmula reproduz quasi que "ipsis litteris" um trecho do **TRATADO** de v. Listz. Ella se justifica na teoria do professor berlinense. Mas essa teoria é contradictoria consigo mesma e leva ao mais amplo subjectivismo. Não nos parece que a fórmula proposta seja praticamente util.

3) Póde a materia do paragrapho unico do artigo 14 ser formulada, como quesito, ao jury ?

A Relação de Minas em accordam de 11 de novembro de 1899, decidiu que não. A redacção da **Revista de jurisprudencia** (vol. IV, 297) se manifestou em sentido contrario. A nosso ver, o conteúdo do citado paragrapho ou, mais amplamente, de todo o artigo 14 não deve constituir, objecto de quesito. E' a opinião de Morraes Mello, **O questionario do jury**, p. 138.

prohibitiva do acto. O delicto putativo não é delicto, nem tentativa de delicto. 1).

1) A materia da tentativa inidonea tem produzido uma literatura copiosíssima. Optima a monographia de Delaquis, **Der untaugliche Versuch**, Berlim, 1904. Entre os escriptores franceses, merece especial recommendação Gallet, **La notion de la tentative punissable**, Paris, 1899.

Art. 15. — Ainda que a tentativa não seja punível, sel-o-ão os actos que entrarem em sua constituição, tendo sido classificados crimes especiaes.

I. — Em dois casos, conforme vimos anteriormente, se costuma fallar em tentativa não punível : — quando o agente desiste voluntariamente de proseguir na execução e quando emprega meios absolutamente inefficazes ou se propõe attingir um fim absolutamente irrealizavel. Tanto em um como em outro caso não existe verdadeiramente tentativa criminosa.

Os actos praticados podem ás vezes, por si sós, constituir crimes ou contravenções. Por elles responde o agente. Exemplificando : — com o intuito de privar certa pessoa de sua liberdade e de retel-a em carcere privado, o delinquente amarra a sua victima, produzindo-lhe lesões corporaes. Arrepellido, solta-a, antes de completar a execução do crime (*Codigo Penal*, art. 181). Responderá o autor pelas lesões produzidas. Outro exemplo tomado de emprestimo ás *Lições de direito penal* do dr. Filinto Bastos : — alguem, suppondo ministrar veneno, quando a taça contém apenas um licor inoffensivo, usa de ameaças contra a victima, afim de obrigar-a a ingerir a supposta substancia toxica. A tentativa é impossivel pela inidoneidade absoluta do meio. As ameaças, porém, incorrem na sanção da pena.‡

II. — A palavra “crime” está empregada em sentido amplo. E’ esta a razão por que o legislador patrio, tendo copiado o artigo 12.º do codigo portugûes, omittiui a phrase — “ou como contravenção pela lei ou regulamento”.

Perfeitamente dispensavel era a declaração inserta no dispositivo supra. 1). Não a continha o codigo de 1830. Os projectos de refórma (1893 e 1899) bem comprehenderam a sua ociosidade. Os do dr. Galdino Siqueira e do desembargador Sá Pereira a fazem, quando tratam da desistencia na tentativa.

1) Diversas legislações cantonaes da Suissa incluíam disposição igual. Hafter julga isso inutil (*Lehrbuch*, p. 195). O projecto allemão de 1913 adoptou uma disposição a respeito. Mas os posteriores a repudiaram.

Art. 16. — Não será punida a tentativa de contravenção e nem a de crime ao qual não esteja imposta maior pena que a de um mez de prisão celllular.

I. — Reconhece o legislador patrio, neste artigo, a possibilidade da tentativa nas contravenções, excluindo apenas a punição. Como simples violação de nórmas de natureza preventiva (art. 8.º), conciliam-se as contravenções com a idéa da tentativa? Parece-nos que não. Mas certo é que algumas contravenções produzem lesão ou damno. Então é perfeitamente concebivel uma tentativa. No livro III do codigo, reuniu o legislador factos tão diversos que se torna duvidoso dizer se elle andou acertadamente, deixando impune a tentativa nas contravenções, sem qualquer restricção.

Os codigos em geral, ¹⁾ expressa ou tacitamente, adoptam principio identico ao consagrado na primeira parte do artigo supra.

II. — Não é punivel a tentativa do crime ao qual não esteja imposta maior pena que a de um mês de prisão celllular. E' uma applicação da regra dos glosadores: — “in levibus delictis non punitur affectus seu conatus, effectu non secuto”. Effectivamente, escreve Haus, o interesse social, no que concerne á repressão das offensas leves, é já tão diminuto que se torna quasi nullo, quando se trata apenas de simples tentativa”. ²⁾

1) O codigo austriaco admite a punibilidade da tentativa em todas as contravenções (§ 264). O espanhol o fazia nas contravenções contra a pessôa e a propriedade. O actual declara que as “faltas” sómente serão puniveis nos graus de consummação e frustração (artigo 36). Os codigos cantonaes suissos apresentam notavel variedade. O allemão não pune a tentativa nessa especie de infracções. Os projectos de refórma estabelecem expressamente essa impunidade (1927, § 348). No direito francês tambem não é punida a tentativa nas contravenções. Na doutrina italiana ha opiniões pró e contra. A quasi unanimidade dos escriptores é neste ultimo sentido. Em nosso país, o projecto João Viera nada disse a respeito; o da Camara dos deputados repetiu o codigo vigente; e o do desembargador Sá Pereira, nas disposições geraes sobre contravenções, preceitua: — “Não se admittirá a tentativa”.

2) *Droit pénal belge*. I, 470.

Art. 17. — Os agentes do crime são autores ou cúmplices.

I. — A materia da concorrência de varias pessoas em um mesmo crime (cumplicidade, em acceção lata) é, ao lado da tentativa, uma das mais cheias de difficuldades e controvertidas do direito criminal. Escreveu v. Birkmeyer, em 1908, que a situação della na sciencia e nas legislações era então muito pouco satisfactoria. ¹⁾ Com toda razão se pôde repetir ainda hoje, mais de vinte annos transcorridos, identica asserção.

Entende-se por concorrência criminosa (*concursum plurium ad idem delictum*) a sciente e voluntaria cooperação de duas ou mais pessoas em um mesmo crime, compartilhando a respectiva responsabilidade. Desta definição se conclue immediatamente que não é bastante uma simples cooperação material: — faz-se mister a *voluntas sceleris*, pouco importando que essa vontade tenha sido communicada aos outros participantes ou destes não seja conhecida. ²⁾

Por ausencia deste requisito, não é possível a concorrência criminosa nos delictos culposos. A these está longe de ser pacifica. Na Italia, a acreditar no testemunho de Tosti, ³⁾ os criminalistas que a repellem constituem maioria. Na Allemanha, ao contrario, elles fórman pequena minoria. ⁴⁾

1) *Vergleichende Darstellung*, p. g., II, 4.

2) P. Nocito, na *Enciclopedia*, de Pessina, V, 312; Schuetze, *Lehrbuch*, § 44.

3) *La colpa penale*, cap. VIII: — "...la tesi favorevole alla complicità in materia di colpa può dirsi oggigiorno prevalente nella dottrina." Elle lembra, como partidarios dessa these. Masini, *La colpa nel dir. penale*, p. 157; Setti, *Dell'imputabilità*, 122; Alimena, *Limiti e modificatori*, I, 483; Stoppato, *L'evento punibili*, 256, e outros. Veja-se, em sentido contrario, E. Jannitti di Guyanga, *Concorso di piu persone... nei ... delitti colposi*, Milão, s. d., 47 e seguintes.

4) Tratam especialmente do assumpto as dissertações de Werner Bintz, *Die Teilnahme bei fahrlaessig begangenen Handlungen*, Berlin, 1895; Weinberg, *Teilnahme an fahrlaessigen Handlungen*, Freiburg, 1904; e Wuttig, *Fahrlaessige Teilnahme am Verbrechen*, Breslau, 1902.

Fóra desses dois países, a harmonia das opiniões se pôde dizer completa. ¹⁾ Entre nós, negam a possibilidade da concorrência culposa Vieira de Araujo ²⁾, Filinto Bastos ³⁾, e outros. Em sentido divergente se manifestaram o autor do escripto estampado no *Direito*, volume XLVIII, 161 (Arroxelas Galvão) e, até certo ponto, Viveiros de Castro. ⁴⁾ Os partidarios da doutrina dominante não contestam a possibilidade de dois ou mais individuos responderem conjunctamente por um mesmo delicto culposo ; mas acrescentam que cada qual delles o fará por conta propria e não como participante de um factio commum. ⁵⁾

Tambem por falta do mencionado requisito não se dá o *concursum delinquentium* nos delictos em que tomam parte dois individuos, sendo um delles incapaz de imputação (como o demente), achando-se em estado de necessidade (*Cod.*, art. 32, § 1.º), ou tendo praticado o acto que lhe é attribuido em legitima defesa (*Cod.*, cit. art., § 2.º). O mesmo se deve dizer, quando um dos agentes se serve de outro, mas este labóra em erro essencial, preexistente ou procurado. Exemplo : — no proposito de causar a morte de uma pessoa a quem odeia, A. fornece á cosinheira da mesma, para pôr na comida, uma substancia toxica, em vez de outra, inócua ou salutar. Se o erro é excusavel, pôde o agente immediato ser responsabilizado por culpa (em sentido proprio. ⁶⁾).

Não existe concorrência criminosa, se o factio não constitue crime, como no suicidio. O inductor ou auxiliador commette um crime *sui generis* (*Cod.*, art. 299). Nada impede que neste crime haja co-autoria ou cumplicidade. Não

1) Haus, *Droit pén. belge*, n. 496 ; Nypels, na *Theorie du code pénal*, de Chauveau et. Hélie, not. 4. ao n. 2.659 ; Geyer, *Eroerterungen*, 94 ; Obbario, *Curso de derecho penal*, p. 115, etc.

2) *Commentario ao Codigio criminal de 1830*, n. 52.

3) *Licções*, I, 82.

4) *Questões de direito penal*, p. 41.

5) v. Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, § 50, IV. O projecto Rocco se refere a essa autoria collateral no artigo 112 : — “Nel delitto colposo, quando l'evento sia stato cagionato dalla cooperazione di piú persone, ciascuna di esse soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso”.

6) Meyer-Allfeld, *Lehrbuch*, § 37.

ha também concorrência na cooperação dolosamente distincta e na cooperação intencionalmente licita em um crime. 1).

Nos delictos commissivos por omissão é possível o *conkursus*, mas não nos omissivos propriamente ditos. Só inexactamente se costuma fallar em concorrência criminosa no caso daquelles crimes que, pela sua natureza, como a bigamia, o adulterio, e outros mais, exigem a actividade, igual ou differente, de mais de uma pessoa. Nelles existe pluralidade de agentes, mas nem sempre de delinquentes. 2).

E' admissivel a concorrência criminosa nas contra-venções ?

A resposta affirmativa não se nos afigura duvidosa, quando se trata de contra-venções commettidas com dolo (como no caso do artigo 373). Nem todas as legislações punem a comparticipação (pelo menos a cumplicidade propriamente dita) nas cantravenções. Assim não o fazem a francesa (Cod., art. 59), a belga (art. 1.º), a allemã (§ 49), a hollandesa (art. 52) e a portuguesa (art. 25.º). Em sentido opposto : — a italiana (art. 63), a austriaca (§ 239), a espanhola (art. 11), a turca (§ 64), etc. Os projectos de reforma apresentam a mesma variedade. O allemão (1927) declara não punivel a cumplicidade (*stricto sensu*) nas contra-venções (§ 379). O grego somente a pune em casos expressamente designados. Assim igualmente o checo-eslovaco. Os projectos suissos e o nosso (Sá Pereira) mandam applicar ás contra-venções os principios da parte geral do livro primeiro, sem resalvar os relativos á codelinquencia.

A palavra "crime", no artigo supra, está empregada em significado amplo. O artigo 23 exclue da cumplicidade os delictos de imprensa.

II. — Em duas categorias se acham divididos os agentes do crime : — autores e cumplices. Criterio basico da bipartição é a natureza principal ou secundaria dos actos praticados. Sobre o merecimento desse criterio muito se tem discutido e se discute ainda.

1) Impallomeni, *Ist. di dir. pen.*, 376.

2) Schuetze, *ob. cit.*, § 49, IV.

A teoria da concorrência criminosa é dominada pelo princípio da causalidade. Sectários das mais oppostas escolas convergem em proclamar a verdade contida nessa asserção.¹⁾ Assim sendo, a construcção dessa teoria depende essencialmente da concepção que se adopte da causalidade. Aquelles que entendem ser possível estabelecer diferenças entre as diversas forças que concorrem para a producção de certo resultado, reputando umas mais efficazes e outras menos, podem classificar as varias pessoas que cooperam para determinado evento, conforme a importancia da actividade de cada uma dellas, consoante a natureza e a medida de sua causalidade em realção ao mesmo evento ou resultado. Dahi a teoria objectiva da concorrência criminosa, teoria que impera em França, na Belgica, na Italia, na península iberica e nos países de nosso continente. Na Alemanha, uma cohorte de criminalistas do maior renome (Feuerbach, Groimann, Kleinschrod, Rosshirt, Luden, Berner, Schuetze, Meyer, Binding, Birkmeyer e muitos outros) a acceita e defende. Os objectivistas desse país, não se contentando com um criterio puramente empirico, costumam distinguir entre causa e condição. Consideram como autor ou co-autor quem é causa do crime ; e como cúmplice aquelle que só concorre com uma condição. Sobre o traço differencial entre a causa e a condição variam muitissimo as opiniões. Já em outra occasião, nestes commentarios, fizemos rapida resenha dellas.

Os criminalistas que pensam terem todas as condições productoras de certo resultado, perante este, o mesmo valor, devendo qualquer delles ser tido como causa desse resultado, não podem distinguir os diversos participantes do crime, baseando na actividade de cada um delles. Para esses criminalistas, a distincção entre autores e cum-

1) Birkmeyer, *Die Lehre d. Teilnahme*, § 1.º ; v. Buri, *Ueber Kausalitaet und deren Verantwortung*, 102. Veja-se sobre a liberdade que não se póde negar ao legislador de regular a codelinquencia sem atender ao principio de causalidade G. Dahm, *Taeterschaft und Teilnahme im amt. Entwurf eines deut. Strafgesetzbuchs*, Breslau, 1927, 6.

plices só póde ser architectada, tendo-se em attenção o lado subjectivo da acção. E' a intenção criminosa que extrema uns dos outros : — os primeiros querem o facto como proprio (*animo auctoris*), os segundos como alheio (*animo socii*). Esta teoria, esposada por Bauer, Abegg, Waechter, Hael-schner e outros, foi acoimada de se achar em contradicção consigo mesma. 1). Outros adeptos da escola subjectivista, repellindo o criterio exposto, procuram alicercear a distincção nos fins e interesses dos varios participantes do crime. Esta opinião soffreu, por sua vez, as mais terriveis objecções. Procurou] v. Buri evital-as, pleiteando como caracteristico da distincção a independencia ou subordinação do interesse. Mas essa teoria não conseguiu adhe-sões. 2).

Deante da impossibilidade de descobrir um criterio satisfactorio para separar a autoria da cumplicidade (em accepção restricta), modernos escriptores foram levados a negar a existencia da distincção qualificativa entre uma e outra. Sustentam alguns que cada delinquente deve responder só e exclusivamente pelo que praticou, nada importando a intervenção dos demais cooperadores. E' a teoria appellidada dos delictos distinctos : — *quot delinquentes, tot delicta*. Seus mais notaveis representantes são Foinitzky, Nicoladoni e Getz. Estes tres criminalistas consideram os participantes do crime como autores, autonomos, mas autores : — segundo Nicoladoni, de um delicto *sui generis* de participação ; segundo Foinitzky, em parte do delicto para o qual concorrem, em parte de um delicto *sui generis* ; segundo Getz, do crime em que cooperam. 3). Gallet, em França, pugna tambem por essa teoria reformadora. 4). Com ella cumpre não confundir a que, mantendo o conceito tradicional da concorrência em um mesmo crime (*ad idem delictum*), equipara, em principio, a responsabilidade de todos os socios, facultando aos tribunaes a diminui-

1) Birkmeyer, *ob. cit.*, 33 ; v. Buri, *ob. cit.*, 40.

2) Birkmeyer, *Vergleichende Darstellung*, p. g., II, p. 28

3) Birkmeyer, *ob. cit.*, p. 87.

4) *La notion de la tentative punissable*, p. 203.

ção da pena em relação áquelles cuja culpa se mostrar menor. A U. I. de Direito Penal, em sua reunião de S. Petersburgo (1902), approvou a idéa de ser abandonada toda distincção doutrinaria entre os participantes de um mesmo crime. O grupo allemão dessa associação, no anno seguinte, em Dresden, por proposta de Harburger e Heimberger, adoptou as seguintes theses :

a) Se varias pessoas concorrerem intencionalmente para a pratica de uma acção criminosa, applicar-se-á a cada uma dellas (autor, co-autor, instigador, cumplice) a pena comminada á mesma acção.

b) Todavia poderão os tribunaes diminuir a pena, na medida fixada pela lei, em relação áquelles participantes que se apresentarem com menor culpa. ¹⁾

A teoria dos delictos distinctos só tem com os projectos da U. I. de Direito Penal uma certa parecença externa. ²⁾

As idéas de Getz foram consagradas no moderno codigo da Noruega (§ 58). Ahi se consideram como autores os que tomam parte no crime. Mas goza o juiz da prerogativa de applicar a qualquer delles a pena minima, outra pena mais branda e até, em certos casos, de não impôr pena alguma. Como toda e qualquer cooperação constitue autoria, é punivel a tentativa de cooperação, salvo quando se tratar de mera contravenção (§ 49).

Os projectos suissos e allemães não quizeram seguir o exemplo do codigo norueguês. Conservam-se fiéis, nos pontos essenciaes, ás antigas concepções.

Em nosso país, o projecto Galdino suggeriu uma completa remodelação do instituto da codelinquencia. O ar-

1) *Mitteilungen*, XI, 544.

2) As idéas de Foinitzky, Nicoladoni e Getz se acham admiravelmente expostas no livro de Thibierge, *La notion de la complicité*, Paris, 1898. Esses criminalistas acabam com a concorrência criminosa : — tornam cada um dos participes responsavel pelo que houver feito e querido, exclusivamente. A U. I. de Direito Penal mantem a referida concorrência, tornando cada qual dos participantes responsavel pela parte que houver tomado no crime alheio. As consequencias que derivam destes dois pontos de vista são de summa relevancia.

tigo 9.º estava assim redigido : — “São agentes do crime os que tiverem determinado outrem a commettel-o, os executores e os que por outro meio tiverem concorrido scientemente para a sua realização”. Segundo o artigo 42, os varios agentes eram punidos com a mesma pena, salvo o effeito de circumstancias especiaes. O artigo 40 concedia ao juiz grande arbitrio na applicação das penas.

Favoravel á introducção do novo systema se manifestou o dr. Mendes Pimentel, ensinando : — “No estado actual da sciencia juridico-criminal, parece que preferivel é a solução adyogada pelo criminalista norueguês Getz e por elle articulada no codigo penal da Noruega, com applauso da U. I. de Direito Penal. Na verdade, se não ha formula capaz de antecipadamente e fundamentalmente apartar a autoria da cumplicidade, se a funcção penal não é retributiva, se só a individualização judiciaria póde dar o tratamento penal adequado á periculosidade do delinquente, a conclusão é desentulhar a Parte Geral dos codigos dos complicados dispositivos referentes á codelinquencia, substituil-os pela regra geral da applicabilidade da pena a todo comparticipe doloso, possibilitando ao juiz não só a escolha como a quantidade da pena a infligir a cada coparticipe”. 1). Reconheceu o illustre professor mineiro que tal refórma dependia de magistratura idonea, processo criminal adequado e de organização penitenciaria com a malleabilidade propria para esse *desideratum*.

A critica das idéas reformadoras foi magistralmente feita por Birkmeyer 2), e pela commissão encarregada de elaborar o novo codigo penal para a Allemanha. 3).

Para nós, os escriptores que, com o fito de evitar as difficuldades da distincção entre os varios comparticpantes de um crime, aconselham a suppressão das disposições leaes a respeito, dão a lembrar aquelle cardeal que, reinando

-
- 1) *Revista dos Tribunacs*, XXV, 247.
 - 2) Birkmeyer, *ob. cit.*, p. 82 e seguintes, e 132 e seguintes.
 - 3) *Begründung* (1909), 306.

o tímido d. João V, acabou com as tempestades, riscando-as das folhinhas do anno. ¹⁾).

1) Leia-se o que a respeito, mui judiciosamente, observa Hafter, **Lehrbuch**, p. 209. A Conferencia Internacional dos representantes das commissões de codificação penal, que se reuniu em Varsovia, em novembro de 1927, adoptou, por votação unanime, a seguinte resolução: — “Todos aquelles que participarem da tentativa ou consummação de um crime ou de um delicto como instigadores ou auxiliares serão punidos como autores” Os codigos de promulgação mais recente — o peruano, o turco, o argentino e o espanhol — consignam as antigas distincções. O Projecto Sá Pereira reduz toda a materia da codelinquencia a este dispositivo (artigo 38): — “Responderá pelo crime, como se o houvera commetido, aquelle que determinou a quem a commeter, ou á execução do mesmo prestou assistencia (artigo 129, n. 5)”. Este artigo, estabelecendo os criterios para a fixação das penas, menciona, em quinto lugar, a importancia da participação no crime. Duvidamos que isso represente realmente um progresso. Evita a lei resolver as multiplas duvidas e controversias a que dá lugar o complicado problema da codelinquencia. Mas essas duvidas e controversias resurgirão, sem que tenham os juizes criterio seguro para soluçional-as. Tudo ficará entregue ao capricho judicial.

Art. 18. — São autores :

§ 1.º — Os que directamente resolverem e executarem o crime ;

§ 2.º — Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executá-lo por meio de dadivas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica ;

§ 3.º — Os que, antes e durante a execução, prestarem auxilio sem o qual o crime não seria commettido ;

§ 4.º — Os que directamente executarem o crime por outrem resolvido.

Definem-se neste artigo as diversas especies de autores. Figura em primeiro lugar a dos que directamente resolverem e executarem o crime. Resolução directa é a que o agente toma por si mesmo, sem a influencia determinante de outra pessoa. Execução directa é a que o proprio delinquente realiza.

Dá-se uma execução desta natureza, quando o autor se serve de outras pessoas como simples meios ou instrumentos ?

A resposta, em face de nosso codigo, deve ser affirmativa. Perante outros systemas juridicos, classificam os escriptores esse caso como de autoria indirecta ou mediata. Schuetze a qualifica de ficta ¹⁾, e Stooss de occulta. ²⁾ Uma pessoa póde servir de mero instrumento a outra, na pratica de um crime, quando não é capaz de imputação (como o menor de 9 annos ou o idiota), se acha coagida (artigo 32, § 1 do Cod. pen.) ou labóra em erro (erro excusavel). Em taes condições, a propria victima póde tornar-se instrumento do crime: ³⁾.

1) *Lehrbuch*, § 45, n. 3.

2) *Lehrb. d. oersterr. Strafr.*, § 37.

3) v. Listz-Schmidt, *Lehrbuch*, § 50, II ; Lammasch-Rittler, *Grundriss*, p. 148

Delictos ha que exigem na pessoa do autor determinadas qualidades, physicas ou juridicas. Quem não as possui pôde ser autor (mediato, na referida technologia) de algum desses delictos? Exemplificando: — uma mulher pôde ser chamada a responder pela autoria de um defloramento? O individuo, que não é funcionario publico, pôde praticar um crime funcional? As opiniões variam muito. Em sentido affirmativo se manifestam Finger ¹⁾, v. Liszt ²⁾, Birkmeyer ⁴⁾, Hamel ³⁾, Manzini ⁵⁾, e outros. Em nosso país, essa solução tem o apoio do dr. José Hygino ⁶⁾. Alguns criminalistas estabelecem distincções. Assim, entende Frank que, se as alludidas qualidades são de natureza puramente physica (como o sexo), a autoria é possível; se são de natureza juridica (como o caracter de funcionario publico), não. A pessoa que serve de instrumento deve ter as qualidades exigidas pelo conceito do crime. Discute-se se é possível uma autoria da especie de que vimos tratando (mediata) em todos os crimes. Nos formaes em geral se nega a possibilidade dessa autoria. ⁷⁾

Entre as pessoas incapazes de imputação que podem ser empregadas como instrumentos, lembram alguns os hypnotizados. O problema da irresponsabilidade dos que operam sob o influxo da suggestão hypnotica, embóra muito estudado, ainda se não acha definitivamente resolvido. Como é sabido, duas escolas existem. Uma dellas admite o automatismo absoluto do hypnotizado. Perfilhada esta opinião, licito será ver no hypnotizador o verdadeiro autor (mediato) do crime. ⁸⁾

1) **Das Strafrecht**, I, 196.

2) **Ob. cit.**, § 50, II, 3.

3) **Teilnahme**, § 78.

4) **Inleidung**, p. 347.

5) **Trattato di dir. pen.**, V, 155.

6) Na traducção de v. Liszt, I, p. 357, n. C.

7) v. Calker, **Grundriss**, § 14, VI, 2.

8) Neumeister, **Mittelbare Taeterschaft und Hypnotismus**; v. Lilienthal, **Der Hypnotismus u. d. Strafrecht** na **Zeitschrift** de v. Liszt, VII, 281; Aschaffenburg, em Hoche, **Handbuch der ger. Psychiatrie**, p. 27 e seguintes. Na literatura patria, as monographias de Fajardo e Medeiros e Albuquerque sobre hypnotismo.

II. — O paragrapho 2.º trata da autoria intellectual ou psychica. Ella póde ser definida: — a dolosa provocação ou determinação, por um dos meios indicados na lei, de outra pessoa á execução de um crime. No nosso direito, como no da maioria dos povos cultos, essa provocação ou determinação é considerada como uma das fórmulas da autoria. Quem provoca ou determina representa “la cause prochaine” do delicto. 1). Os allemães denominam *Anstiftung* (instigação) a actividade de quem induz outra pessoa á pratica de um delicto. Attribuem, porém, á instigação character accessorio. Para elles, o instigador não é um autor (embóra punido com pena igual), é participante de um crime alheio.

A acção do autor intellectual ou psychico do delicto deve consistir em provocar e determinar o agente material. Esses dois verbos traduzem o mesmo pensamento. Algumas legislações dão preferenciá ao primeiro (cod. hollandês, art. 47, 2; belga, 66; etc.); outras, ao segundo (cod. italiano, 63, 2; allemão, § 48; etc.). Um terceiro grupo, em que entra a nossa, usa *ex abundantia* de ambos. Só o ultimo bastava. Era o mais expressivo.

Seguindo o exemplo de diversas outras legislações, o codigo patrio enumera, taxativamente, os meios pelos quaes se opéra a provocação ou determinação: — dadas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica. E’ um casuismo incompleto. Dada a impossibilidade de organizar uma lista exhaustiva de taes meios, alguns systemas juridicos se abstêm de qualquer enumeração e outros incluem uma clausula geral (cod. allemão, § 48: — “ou por outros meios”; cod. port., 20, 3.º: — “ou por qualquer outro meio fraudulento e directo”). A tendencia geral, revelada nos derradeiros projectos de refórma, é para a suppressão dos exemplos ou da enumeração taxativa 2.

1) Chaveau et Hélie, *Théorie du code pénal*, n. 640.

2) Os projectos allemães, suissos e austriacos desprezaram a indicação dos meios de instigação ou autoria intellectual. Conceituada

Na nomenclatura de nosso código occupam o primeiro lugar as dadas e promessas. O significado destas duas palavras, que são de uso commum, não offerece a minima difficuldade. A particula que as liga está empregada como se fosse disjunctiva. As dadas e promessas nem sempre são meios de autoria intellectual. A's vezes não passam de simples auxilio ou incentivo. Cumpre, pois, que em cada caso particular se apure se ellas foram realmente causa da determinação do executor do crime. A méra esperança despertada no espirito do autor physico, cuja realização não dependa do promittente ; e a promessa irrealizavel, de inexequibilidade facilmente reconhecivel, não merecem ser havidas como meios de instigação. O mesmo se deve dizer da recompensa posterior a execução do delicto e que não haja sido previamente promettida. A respeito de dadas e promessas, vem de molde reproduzir a seguinte observação de Geyer : — “Não raras vezes é o autor do delicto quem dá o primeiro passo, offerecendo o seu serviço pela correspondente recompensa ou pela promessa de uma retribuição. Elle está, portanto, condicionalmente resolvido a praticar o delicto ou, melhor, faz depender a resolução de perpetrar o crime do adimplemento de uma condição. Quem, dolosamente, preenche essa condição e dá lugar á resolução criminosa, age sem duvida como instigador”. 1).

Em segundo lugar aponta o código o mandato. Verifica-se este, quando alguém, em seu proprio interesse, commette a outrem a execução de um delicto. É um *pactum sceleris* que resulta de uma proposta e de uma acceitação. Para a primeira basta qualquer forma de exteriorização da vontade. Como se exprime Nocito : — “... ora serve la parola e ora lo scritto, ora la forma diretta ed ora una ferma indiretta, ora la forma de una preghiera, ed ora quella di un rimprovero per non aver fatto quello, che altri avvrebe

claramente a essencia desta pelo emprego do verbo “determinar”, a indicação era superflua. Encontramol-a ainda, com caracter exemplificativo, no recentissimo código espanhol.

1) **Handbuch**, de v. Holtzendorff, II, 354.

dovuto fare”.¹⁾. Fórmias indirectas do mandato podem ser a offerta de uma apósta e a dissuasão de certos escrupulos de consciencia. Por signaes e actos concludentes póde perfeitamente ser dado um mandato. Este jamais se presume. Não vigora no direito penal a maxima civil : — “ratihabitio mandato aequiparatur”.²⁾.

As ameaças constituem o terceiro dos meios de autoria intellectual mencionados pelo codigo. Ellas são a promessa de um mal, que o promittente realizará ou favorecerá. Esse mal póde recahir em pessoa diversa da ameaçada. Basta que está tenha interesse na incolumidade daquella.³⁾. As ameaças não precisam ser feitas seriamente e com o proposito de effectiva realização. E’ sufficiente que o ameaçado acredite na seriedade dellas e na possibilidade dessa realização. Se ellas attingirem o grau previsto no § 5 do artigo 27, o autor material, reduzido ao papel de méro instrumento, nenhuma responsabilidade criminal terá. Devem ser capazes de produzir na pessoa ameaçada, attendendo-se ás condições desta (idade, sexo, character, etc.), uma intimidação que a induza a praticar o crime. Observa Garçon que a provocação (autoria intellectual) por meio de ameaças só em casos muito excepcionaes se póde apresentar na pratica. E declara não conhecer, na jurisprudencia de seu país, decisão alguma a respeito.⁴⁾.

O constrangimento, physico ou moral (o codigo não distingue) — outra forma de autoria intellectual ou instigação consignada no artigo que analysamos — resulta do emprego da força (*vis compulsiva*) ou do temor de um mal, mais ou menos grave. E’ necessario, porém, que não reduza a pessoa sobre a qual é exercida a puro instrumento (*vis absoluta*).

1) **Enciclopedia**, de Pessina, V, 344.

2) v. Bar, **Gesetz u. Schuld**, § 380, n. 236 : — “Hoje em dia ninguem pensa mais em considerar a ratificação (aprovação) de um crime já praticado como comparticipação”. Ella póde envolver outro crime (uma injuria por exemplo). Como tal, será punivel.

3) Schwartz, **Das Strafgesetzbuch**, § 48, 9, a.

4) **Cod. pén. annoté**, art. 59, 250.

A ultima das fórmãs enumeradas pelo codigo é o abuso ou influencia de superioridade hierarchica. Os codigos geralmente fallam em “abuso de autoridade ou poder”. Esta phrase é evidentemente muito mais ampla. Ella abrange toda supremacia moral e de facto. O legislador brasileiro restringiu em demasia a idéa. 1). Superioridade hierarchica é a relação de ordem existente entre pessoas que desempenham determinadas funcções publicas, civis, militares ou ecclesiasticas. Ao poder do superior hierarchico corresponde o dever de obediencia por parte do inferior. Este dever, porém, não é absoluto. Entende-se contido nos proprios limites que circumscrevem a funcção. Ainda dentro desses limites a obediencia do subalterno não é passiva. Como muito bem escreve o criminalista Nocito : — “A obediencia, antes de dobrar o corpo, deve dobrar a vontade ; e antes desta deve dobrar a razão. O homem obedece como homem e não como materia ; porisso a obediencia deve ser racional. E dahi resulta que, devendo-se antes de obedecer ao homem, obedecer á lei, não pode ser considerado innocente quem, para obedecer ao homem, desobedece á lei.” O superior que, abusando de seu poder, da influencia que a sua posição lhe dá, arrasta o subordinado á pratica de um delicto, é autor intellectual ou moral deste. O inferior autor physico ou material. A ordem, embora revestida das formalidades legais, embóra dada por autoridade competente, não livra o inferior da responsabilidade criminal, quando o mesmo procede *mala fide*. O carcereiro que entrega uma detenta a seu superior, não ignorando que o mesmo della pretende abusar, não póde desculpar-se com a ordem recebida, com-quanto essa ordem emane de autoridade competente e hajam sido observadas as formalidade legais. 2).

Não menciona o codigo o conselho, a persuasão, as manobras e artificios e a producção ou aproveitamento de um

1) Não conhecemos outro codigo que use de phrase tão restricta. Não é possivel amplial-a. Rigorosamente juridica é a interpretação de Galdino Siqueira, **Dir. penal.** n. 138.

2) Garçon, **ob. cit.**, art. 59, 353.

erro como fórmulas de autoria intellectual. A sociedade não constitue, perante o código, uma modalidade especial de participação criminosa. Regula-se pelos princípios geraes.

A instigação (autoria intellectual) pôde ser directa ou indirecta, singular ou plural. A pluralidade tanto pôde ser de instigadores como de instigados. O individuo encarregado de procurar um terceiro que se incumba de praticar um delicto, simples intermediario (*nuntius*), é um participante, mas não um autor intellectual ou instigador. ¹⁾ Se o instigado confia a outrem a execução do crime, haverá dois instigadores (autores intellectuales) successivos, igualmente responsaveis.

A responsabilidade criminal do instigador começa com a do autor physico. Se este não se decide á pratica do crime, se della desiste, após havel-a principiado, ainda em tempo opportuno, não incorre aquelle em qualquer pena. Na Allemanha ²⁾, na Hollanda, na França e na Italia não se tem como punivel a instigação mallograda (instigação tentada). O contrario acontece na Austria, na Inglaterra e em alguns cantões suissos. ³⁾ No terreno da doutrina, numerosos são os escriptores que se pronunciam por esta segunda solução. Entre elles se acham os positivistas italianos. Em nosso país, não duvidou Tobias Barreto admittir

1) Antigos jurisconsultos (Farinacio, Jousse e outros) consideravam o intermediario como autor, opinião demasiadamente severa. O antigo código portuguez previa a hypothese, classificando-a como cumplicidade (art. 26º, 6.º). Veja-se Levy Jordão, **Commentario**, I, 104.

2) Em casos especiaes, o código allemão pune, como **delictum sui generis**, a instigação tentada. O grupo tudesco da U. I. de Direito Penal, na reunião de Dresden (1903), approvou a proposta de que essa punição devia ser alargada, de modo a comprehender todos os crimes graves. O contra-projecto dos quatro professores (v. Liszt-Goldschmidt, v. Lilienthal e Kahl) admittiu a tentativa de instigação do crime punido com pena capital ou casa de correccção. Seguiu o exemplo dos projectos suissos. Entre os defensores da idéa da instigação tentada, na Allemanha, se destacam Ibach, **Die Anstiftung**, Breslau, 1912, § 13, e Georg Dahm, **Taetterschaft und Teilnahme**, Breslau, 1927, 99 e seguintes.

3) Stooss, **Grunzuege**, I, 231; Hafter, **Lehrbuch**, p. 219; Lammasch-Rittler, **Grundriss**, § 12.

a idéa da instigação tentada ¹⁾, o que nos parece insustentável. A instigação (autoria intellectual), por si só, não constitue crime. E' absurdo fallar em tentativa criminosa relativamente a um facto que a lei não incluye no rol dos crimes. ²⁾.

Não é possível a instigação para uma tentativa simplesmente. O dolo do autor material e o do instigador devem referir-se á consummação. E' esse o motivo da impunidade do *agent provocateur* : — elle não quer que a acção criminosa ultrapasse a phase da tentativa. Espera até impedir-a. Excepcionalmente, póde ter elle em mira a consummação do delicto ; em tal caso, responderá como verdadeiro instigador. Frank ³⁾, Olshausen ⁴⁾, v. Bar ⁵⁾, e outros, entre os allemães, Majno, Impallomeni e varios mais, entre os italianos, affirmam a punibilidade da instigação para a tentativa. ⁶⁾.

O dolo do autor intellectual consiste na vontade de provocar ou determinar a resolução de outrem á pratica de certo crime (certo em seus elementos essenciaes). O instigador deve conhecer todas as circumstancias que imprimem á acção do executor o character de criminosa. Na instigação para o furto, por exemplo, elle deve saber que a cousa é alheia e que a subtracção se dá contra a vontade do respectivo dono. Se o delicto exige um determinado fim, deve conhecer e querer esse fim. A pessoa do instigado não precisa ser individualmente determinada. A instigação póde dirigir-se a um circulo, mais ou menos amplo, de pessoas.

1) **Estudos de direito**, 245.

2) Optimamente Geyer, **ob. cit.**, II, 344 ; v. Bar, **Versuch u. Teilnahme**, p. 44 ; Birkmeyer, **Vergl. Darstellung**, p. g., II, 66.

3) **Ob. cit.**, § 48, III, 4.

4) **Kommentar**, § 48, 21.

5) **Gesetz und Schuld**, II, 644.

6) Na Allemanha domina a opinião favoravel á impunidade do agente provocador. Assim tambem na Austria, onde em sentido opposto se pronuncia Stooss (**Lehrbuch**, p. 133). Na Suissa são contra a referida impunidade Bekzadian (**Der agent-provocateur**, Zuerich, 1913) e Hafter, **Lehrbuch**, p. 221). Relativamente á Hollanda: — v. Hamel, **Inleiding**, § 38, 9.

III. — Enumera mais o código como autores os que, antes e durante a execução, prestarem auxilio sem o qual o crime não seria commettido. Como em outras passagens, a conjunção “e” está aqui empregada como disjunctiva. Haus desenvolve, na sua linguagem admiravelmente clara e precisa, a idéa dos cúmplices necesarios que a lei de seu país, como a nossa, assemelha aos autores: — “...trata-se daquelles que, com conhecimento, ajudaram e prestaram serviço ao autor ou autores do crime por factos que lhe prepararam ou acompanharam a execução. Se o crime podia ter sido commettido sem esse auxilio, embóra com menos facilidade e maiores riscos, os que o prestaram são punidos como cúmplices. Se, ao contrario, esse auxilio foi tal que sem elle o crime não se teria dado, a participação dos auxiliadores é principal e a lei os iguala aos autores do crime. Todavia, esta disposição não deve ser entendida em sentido absoluto. Para que o accusado de comparticipação mereça ser punido como co-autor, é bastante que, sem sua assistencia, o crime não tivesse podido ser praticado com as circumstancias que o acompanharam, da maneira como o foi, no dia em que se realizou, etc. Uma impossibilidade relativa basta, portanto, para que aquelle que a afastou, no intuito de facilitar a perpetração do crime, seja considerado como co-autor delle. O criado que abre aos ladrões a porta da casa de seu patrão ; quem fica de atalaia durante a execução do crime ; quem, emquanto um amigo rapta uma pessôa, o espera com um carro ou com cavallos ; quem presta a sua casa para a realização de um aßassinio ; quem para ahi attrae a victima ; quem a retém até que os assassinos cheguem ; quem serve de guia aos rebeldes que querem se apoderar á força de uma praça de guerra ou que os previne, por meio de signaes, do momento favoravel á execução do projecto, são co-autores do crime ou, pelo menos, devem sel-o”. 1).

Desde os praticos italianos da idade média, era corrente a divisão dos cúmplices em *auxiliator delicto causam dans*

1) *Principes*, I, 510.

e *auxiliator simplex*. O primeiro era punido com maior rigor, com a pena estabelecida para os autores. As legislações antigas e modernas que adoptaram tal divisão se scindiram em dois grupos : — umas, inspirando-se nos ensinamentos de Feuerbach, incluíram o *auxiliator causam dans* na categoria dos autores (codigo bavaro, 1813, art. 45 ; espanhol, antigo, 13, 3, actual, 46, 4 ; belga, 66, 3 ; argentino, revogado, 21, 2, vigente, 45 ; o nosso e outros) ; outras se obstinam em manter a doutrina tradicional. Assim, exemplificando, o codigo italiano (art. 64). Os melhores codigos de nosso tempo abandonaram a distincção, scientificamente erronea e praticamente causadora de invenciveis difficuldades. 1).

Como deve ser apreciado o chamado auxilio necessario, em abstracto ou em concreto ?

Quando se discutiu o codigo italiano, disse Zanardelli que essa apreciação devia ser feita em abstracto “poiché, quando il reato é avvenuto, tutte le attività criminose che vi concorsero portarono un contributo senza del quale il reato non sarebbe stato commesso, essendo questo il prodotto del loro concorso : eppuó in questo senso tutti i complici sarebbero complici necessari”. Neste sentido é a opinião commum dos criminalistas. Perante o nosso codigo, que adopta a fórmula subjectiva — “sem o qual (auxilio) o crime não seria commettido”, assim tambem se deve entender. Os antigos praticos pensavam que a necessidade do concurso devia ser resolvida em concreto. A verdade é que, como muito bem pondera Geyer, em concreto todo e qualquer auxilio é necessario, em abstracto (salvo especies singularidades), desnecessario. A distincção entre cúmplices necessarios e fortuitos é puramente arbitraria. Admiramo-nos de que ainda appareça em codigos recentes, como o argentino e outros. 2).

IV. — Em derradeiro lugar, na lista dos autores, colloca o artigo que commentamos os que directamente exe-

1) Exemplificando, o allemão e o hollandês.

2) **Cod. peruano**, art. 100 ; o turco (1926), § 65, ult. al.

cutarem o crime por outrem resolvido. O paragrapho foi mal redigido. O crime não é producto da resolução do autor intellectual exclusivamente. Tambem o autor physico (que não é simples instrumento) o resolve. Fal-o, é certo, por motivos fornecidos pelo primeiro ; mas isso não lhe altera a figura. Sobre a autoria physica ou material não precisamos nos alongar. O assumpto não offerece difficuldades.

Art. 19. — Aquelle que mandar, ou provocar alguém a commetter crime, é responsavel como autor :

§ 1.º — Por qualquer outro crime que o executor commetter no executar o de que se encarregou ;

§ 2.º — Por qualquer outro crime que d'elle resultar.

I. — Ao inverso do codigo de 1830, que muito avisadamente se absteve de consignar preceitos acêrca do chamado *excessus mandati*, o actual regula, no artigo supra, essa simplicissima materia. E o faz com bastante infelicidade. Serviu-lhe de paradigma o codigo bavaro de 1813 (artigo 47). Esse codigo fundava a responsabilidade do instigador em meras presumpções de culpa. Isto não passou despercebido ás subseqüentes legislações territoriaes da Allemanha. Com o intuito de corrigir semelhante defeito, algumas dellas exigiram que o instigador conhecesse a necessidade do meio empregado e a inevitabilidade do resultado.

Perante o nosso codigo, fielmente interpretado, o provocador ou mandante é responsavel pelo delicto que serviu de meio, assim como pelo que resultou do crime objecto da instigação. Não é necessario que o provocador ou mandante tenha querido ou sequer previsto o novo delicto. Ha ahi uma engulhosa presumpção de culpa. Todas as distincções que se não deparam nos escriptores entre instigação (autoria intellectual) determinada e indeterminada, excesso nos meios e excesso na execução, etc., difficilmente se harmonizam com o texto rigido e insophismavel do artigo supra. Doutrinariamente, é indefensavel a ampla responsabilidade que o legislador patrio adoptou.

A verdade scientifica, em relação ao assumpto, compendiou-a Geyer no seguinte trecho : — “O chamado *excessus mandati* não tem a importancia que se lhe costuma dar. O que produz confusão a tal respeito é a analogia tomada das relações juridico-civis. Actualmente, ha completo accordo em que, tambem no mandato, como em to-

das as fórmulas da criminalidade, não se admite a *praesumptio doli*; as regras geraes sobre a imputação criminal, quer dolosa, quer culposa, dão a medida das soluções procuradas. A responsabilidade do mandante chega até onde o crime do mandatario é producto do mandato. A determinação ou induzimento de um e a acção criminosa do outro devem correlatar-se como causa e effeito". 1). Repetindo essa lição, escreveu o dr. José Hygino em suas *Observações ao projecto de reforma do codigo penal*: — "Basta a simples applicação dos principios geraes do dolo para a solução de todas as questões oriundas de que se chama *excessus mandati*". Os codigos modernos mais perfeitos não contêm disposição alguma relativamente ao assumpto. 2).

II. — O facto praticado pelo agente material do crime deve coincidir com o dolo do instigador. Se o primeiro faz menos do que aquillo que o segundo pretendia, a responsabilidade, tanto de um como de outro, se circumscreve ao *minus* realizado. Se o instigado vae além, cumpre distinguir em que esse *plus* consistiu: — se foi em um crime que serviu de meio para a execução do collimado ou se foi em um crime resultante deste ultimo, será responsavel o instigador, nos termos deste artigo. Se esse *plus* não fôr um delicto-meio ou um delicto-resultado, o instigador não poderá por

1) *Handbuch*, de v. Holtzendorff, II, p. 357.

2) Na exposição de motivos do projecto argentino de 1891 e na do projecto de 1906, foram notadas, com toda razão, a superfluidade e a inconveniencia de regras especiaes sobre o *EXCESSUS*. A commissão organizadora deste ultimo disse muito bem: — "Los preceptos generales, en concordancia con las circunstancias especiales de cada caso, son suficientes al efecto". O recentissimo codigo espanhol assim dispõe sobre o assumpto (artigo 47): — "Los inductores seran responsables criminalmente de los actos cometidos por eficiencia de su inducción; pero no de otros actos que, con ocasión de aquellos, ejecutarem las personas inducidas ni de sus consecuencias, a no ser que racionalmente los inductores hubieran debido preverlas, o cuando el inducido careciera de discernimiento". O projecto Rocco estabelece, no artigo 114: — "Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento sia conseguenza, quantunque soltanto mediata, della sua azione o omissione". E' o repugnante principio da responsabilidade pelo resultado, sem attenção á culpabilidade.

elle responder. Exemplo desta ultima hypothese : — A. encarrega B. de subtrahir certo objecto. E B., aproveitando-se da oportunidade, commette para si o furto de outro objecto, que encontrou á mão. A. nenhuma responsabilidade tem neste segundo crime. Divergencias sem relevancia juridica entre o dolo do instigador e o facto realizado (como, v. g., a respeito do tempo ou do lugar) não se tomam em consideração. Sem importancia é tambem a troca entre objectos de identico valor juridico (*error in objecto* ou *in persona*). Leia-se a este proposito o commentario ao artigo 26, letra c). Consequencias pelas quaes responde o executor, sem dependencia de culpabilidade, pesam tambem sobre o instigador. 1).

1) O autor de lesões corporaes responde, segundo o nosso direito, pela morte da victima, embóra não tenha querido ou previsto este resultado. O mandante responderá por homicidio : — **vulnerare mandans tenetur de occiso.**

Art. 20. — Cessará a responsabilidade do mandante se retirar a tempo a sua cooperação no crime.

I. — O autor intellectual, o mandante, como se exprime o artigo supra, póde desistir de seu proposito criminoso. Essa mudança de vontade, manifestada em tempo util, a tempo, faz cessar a sua responsabilidade. A phrase “a tempo” quer significar — antes de realizados actos que constituam, no minimo, começo de execução do crime. Praticados actos dessa especie, a isenção da responsabilidade não mais poderá ser completa. Usando a clausula ‘se retirar a tempo a sua cooperação no crime’, deixa o codigo bem patente o pensamento de que não basta uma mudança de designio criminoso, mas é mistér alguma cousa mais. Em suas admiraveis *Observações ao projecto de reforma do codigo penal*, disse com muita razão o dr. José Hygino : — “A responsabilidade do instigador só póde ficar dirimida, quando elle fez tudo quanto de si dependia para impedir o crime, ou, pelo menos, se evidenciar que a desistencia da provocação rompeu o nexo entre a causa moral e a causa physica do delicto, isto é, que o executor obrou por motivos alheios á instigação”. Lembrou o illustre jurisconsulto, como excellente, o artigo 92 do codigo toscano : — “L’istigatore va impunito si ha fatto quanto era in lui per distogliere l’istigato, il quale nonostante ha commesso il delitto per causa affato independente da questa istigazione”. E accrescentou : — “E tal é a doutrina corrente, a julgar pelo que ensinam os mais insignes criminalistas, como Zachariae, Geyer, Carrara, etc.”

Provar que o crime commettido não mais deve ser reputado effeito da instigação, que o nexo de causalidade foi rompido, constitue em regra tarefa embaraçosa. E’ incurial e injusto, porém, remover as difficuldades com a criação de presumpções em prol do instigador ou contra elle. Os praticos italianos da idade media discutiram com insistencia se a *revocatio mandati* podia ser feita de modo tacito. Puzeram em questão se ella devia ser inferida de certas circumstancias, como a reconciliação posterior do instigador

e da pessoa ameaçada, a inimizade entre o *mandans* e o *mandatarius*, o transcurso de longo tempo, etc.. 1). Hoje está fóra de discussão a imprestabilidade de toda essa casuística. A desistencia do instigador, a revogação do mandato, só produz a irresponsabilidade se fôr efficaz. Commettido o crime pelo instigado, é preciso demonstrar que este o fez *ex nova superveniente causa*. “Quando c’è la prova de un mandato dato ed accettato ed avvi l’esecuzione di questo mandato, tocca al mandante il dimostrare che il reato non fu l’esecuzione dell’incarico da lui dato e che il mandatario agi esclusivamente per conto proprio”. 2).

II. — As legislações criminaes modernas não incluem disposição alguma a respeito da desistencia do instigador. A’ doutrina fica a incumbencia de resolver os casos occorrentes. Opina Geyer que essa desistencia (revogação do mandato), feita sériamente, embóra sem efficacia, deve merecer uma diminuição de pena para o instigador.. 3). O codigo portugûês considera esse factio como attenuante (art. 20, 5.º, § unico). E tambem o espanhol (art. 17). 4).

1) Koestlin, **System d. dent. Strafr.**, § 111, n. 1.

2) Nocito in Pessina, **Enciclopedia**, V, 324.

3) **Handbuch**, de v. Holtzendorff, II, 373.

4) O codigo canonico. no caso da retractação inefficaz, diz : — ‘retractatio minuit, sed non aufert culpabilitatem’ (can. 2209, § 5).

Art. 21. — São cúmplices :

§ 1.º Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instrucções para commettel-o, e prestarem auxilio á sua execução ;

§ 2.º Os que, antes ou durante a execução, prometterem ao criminoso auxilio para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestigios ;

§ 3.º Os que receberem, occultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabel-o, pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houveram ;

§ 4.º Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reuñem.

I. — Neste artigo especifica o codigo as diversas categorias de cúmplices. Estes desempenham um papel secundario no chamado drama do crime. A sua actividade é de somenos importancia comparada á do autor, physico ou moral. Os cúmplices não commettem o crime propriamente dito ; não exercem tambem, como o instigador, influencia determinante no! autor material. Subordinam a sua actividade á de outrem. Só este é que pratica a acção principal.

A cooperação dos cúmplices se distingue, quanto á sua natureza, em physica ou psychica (intellectual) ; e, quanto ao tempo, em anterior, concomitante ou subsequente. Póde consistir em acção (em sentido positivo) ou em omissão. O guarda-nocturno que, sciente e voluntariamente, deixa que seja ateado um incendio, que seja commettido um roubo, é exemplo deste ultimo caso.

No que concerne ao elemento subjectivo, a cumplicidade exige sempre o dolo, determinado ou indeterminado (alternativo ou eventual) por parte do agente. Concebe-se perfeitamente que alguem concorra para a acção criminosa

de outrem, sem o saber ; nesse caso, é possível se verifique um delicto culposo, não, porém, uma cumplicidade. 1). O dolo do cúmplice requer a representação dos elementos essenciaes do facto principal e a vontade de facilitar ou favorecer a realização desse facto. Na analyse dos dois ultimos paragraphos, veremos as anomalias do codigo a respeito.

Sem acção criminosa principal (tentada ou consummada), sem autor (conhecido ou ignorado, vivo ou fallecido), não ha cúmplices : — *socius delicti non intelligitur sine auctore delicti*. Estes não respondem senão até onde a alludida acção coincide, na essencia, com o facto ao qual quizeram prestar auxilio. Assim, não são os cúmplices responsaveis pelo *excessus* do autor. Injuridico é applicar-lhes, analogicamente, a disposição do artigo 19. 2).

Do mesmo modo que a instigação, a cumplicidade sómente se verifica em referencia a um delicto doloso. O auxilio, que a caracteriza, tanto póde ser prestado ao autor (physico ou psychico) como ao cúmplice. Nesta derradeira hypothese, pois auxilio ao auxiliador é sempre auxilio ao facto principal, a redução da pena deve ser uma unica. 3). O auxilio mediato póde ir ainda mais além. Mui plausivelmente diz Geyer : — “Nem a lógica nem a justiça podem objectar cousa alguma, se se considerar punivel a instigação ou a cumplicidade para uma cumplicidade mediata, desde que semelhante actividade constitua dolosa cooperação á pratica do crime”. “Ad instar” do instigador, fica o cúmplice isento de responsabilidade se retira a tempo a sua colaboração no crime. Se elle consegue tornar sem effeito o auxilio prestado, liberta-se da punição. A cumplicidade

1) Geyer, **Handbuch**, de v. Holtzendorff, II, § 25 ; accordam do Supremo Tribunal Federal, de 3 de fevereiro de 1897, na **Jurisprudencia do Supremo**, 1897, 200.

2) Incorre nessa censura o accordam do Supremo Tribunal, de 29 de dezembro de 1902, **O Direito**, XCI, 463. De accordo com o texto : — accordam do Tribunal de Justiça de Pernambuco, de 18 de dezembro de 1901, **O Direito**, vol. cit., 465.

3) Geyer, **ob. cit.**, 388, 2 ; v. Liszt-Schmidt, **Lehrbuch**, § 52, III, l. Contra : — Frank, **Strafgesetzbuch**, § 49, III, 2.

intellectual é muitas vezes mais difficil de se annullar do que a physica. ¹⁾

II. — A cumplicidade sóe ser dividida, tendo-se em vista a natureza dos actos praticados pelo cumplice, em intellectual ou moral e physica. Consiste a primeira em uma influencia espiritual sobre a resolução criminosa de outrem (autor ou cumplice). Innumeros são os meios pelos quaes essa influencia pôde exercitar-se. Os codigos procuram abrangel-os em enunciados, mais ou menos, syntheticos. O allemão se serve da palavra “Rath”, palavra que tem sido interpretada, como o *consilium* dos romanos, com a maior largueza. O italiano faz consistir o auxilio moral ao crime no “eccitare e rafforzare la risoluzione di commetterlo”, no “promettere assistenza e aiuto da prestare dopo il reato” e no “dare istruzioni”. Em nosso codigo, a cumplicidade intellectual está expressa nas seguintes phrases : — “fornecerem instrucções para commettel-o (o crime)” e “antes ou durante a execução, prometterem ao criminoso auxilio para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestigios”. O conceito da cumplicidade intellectual que dessas phrases resulta é evidentemente acanhado e lacunoso.

Fornecer instrucções significa dar scientemente informaçõs ou esclarecimentos que sirvam para facilitar ou tornar possivel a execução do delicto. As instrucções, ministradas directamente ou por interposta pessoa, o que é indifferente, não implicam a idéa de um plano minucioso, com previsão dos obstaculos e indicação dos meios de superal-os : — uma simples informação ou noticia basta, se com ella se facilita a execução. ²⁾ Demais, não precisam ser acompanhadas, como a instigação, de promessas, ameaças, etc. Se não forem idoneas e efficientes, não darão lugar á cumplicidade.

1) v. Bar, *Gesetz u. Schuld*, II, § 366. Se o auxilio consistir em fornecimento de instrucções, como voltar atraz ?

2) Nypels-Servais, *Code pén. belge interp.*, art. 64, 4.

A segunda das fórmulas da cumplicidade moral é a promessa de auxílio ao delinquente, para que se evada, occulte, destrua os instrumentos do crime, ou lhe apague os vestígios. A promessa de semelhante auxílio, antes da execução ou quando esta se realiza, robustece a vontade criminosa do autor. Muitos não se animam a commetter o crime ante a perspectiva de serem presos ou descobertos. A promessa de assistência para evitar estes resultados, vencendo os temores do agente, concorre para a produção do delicto. Pouco importa que o promittente deixe de cumprir a promessa : — a influencia exercida no espirito do delinquente terá produzido seu effeito (*Revista de jurisprudencia*, IV, 229).

Infelizmente, restringe o código a promessa, como modalidade especial do auxílio criminoso, a um numero reduzido de casos. Outros ficam de fóra. Assim, para lembrar um delles, a promessa de auxílio para que o autor possa auferir as vantagens ou proveitos do crime.

Com maior felicidade se houve o legislador patrio na caracterização da cumplicidade material. A phrase “prestarem auxílio á sua execução” possui a amplitude necessaria. Cumpre, porém, não tomal-a muito ao pé da letra. Essa cumplicidade tambem ocorre no periodo da preparação do crime. A palavra “execução” comprehende toda a acção criminosa. A cumplicidade material póde assumir as mais variadas fórmulas. Qualquer acto por meio do qual o cúmplice facilite a execução do crime a constitue. Diversos auxílios prestados por um mesmo individuo a um mesmo crime representam uma só cumplicidade. Se o auxílio fôr prestado no proprio momento da execução, não deve ser de tal ordem que transfórme o mero auxiliar em parte principal.

A simples presença no lugar do crime póde importar um auxílio punivel. Ella visa ás vezes intimidar a victima. Factos negativos ou de pura abstenção só excepcionalmente se consideram como cumplicidade. E’ preciso que exista o dever de agir. Quem, sendo juridicamente obrigado a evitar que certo objecto soffra um ataque criminoso, por

dólo, deixa que esse ataque se realize, incorre em cumplicidade. 1).

III. — Prolongando as tradições de nosso direito, o código inclui entre os cúmplices os que receberem, occultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo saber-o, pela qualidade ou condições das pessoas de quem as houveram. E' a disposição do paragrapho 1.º do artigo 6.º do código de 1830, ligeiramente modificada na redacção da phrase final.

Um exame, embora rapidissimo, das diversas legislações do mundo culto nos mostra a discordancia que entre ellas existe a proposito desta materia : — umas, seguindo ainda a doutrina dos praticos italianos da idade do meio e do direito commum tudesco, encaram o recebimento, occultação [ou compra de cousas criminosamente obtidas como uma forma de cumplicidade (*concurso delictum subsequens*); outras, como *delicto especial* (receptação). Formando grupo á parte, os de origem espanhola dividem os agentes do crime em autores, cúmplices e encobridores (receptação e favorecimento), comminando para estes ultimos penalidade differente da da cumplicidade (código argentino, antigo, artigo 43; uruguayano, 63) ou uma diminuição de gráu (chileno, 52). No código portuguez, a receptação apparece, na parte geral, como uma das modalidades do encobrimento; mas as penas divergem das estabelecidas para a cumplicidade. O código patrio, seguido ainda pelos projectos (João Vieira e da Camara dos deputados) 2), mantem o systema medieval

1) Schwartz, **Strafgesetzbuch**, § 49, 6; v. Liszt-Schmidt, **ob. cit.**, § 51, II, 1; Meyer-Allfeld, **Lehrbuch**, § 39, II; Stooss, **Lehrbuch**, p. 135, etc.

2) O do dr. Galdino Siqueira fez da receptação de pessoas crime contra a administração da justiça (art. 285) e da de cousas crime contra o patrimonio em geral (art. 165). Identico é o systema do projecto Sá Pereira. O artigo 224 regula a receptação. Ainda ahi se encontra equiparado ao dolo o dever de presumir a origem criminosa da cousa receptada. Desse imperdoavel senão já varios projectos se acham expurgados. Desejavel era que, na conceituação dessa figura criminosa, se conseguisse tambem evitar o methodo casuistico. O projecto brasileiro nada fez nesse sentido. O artigo 444 define o "asylo a criminosos". A essência de facto desse crime consis-

antagonico com o principio basico da concorrência criminosa, o principio da causalidade.

A figura da cumplicidade descripta no paragrapho 3.º consiste, considerada pela sua face objectiva, em receber, occultar ou comprar cousas obtidas por meios criminosos.

Receber significa adquirir a posse effectiva de uma cousa, com ou sem a faculdade de livre disposição. Quem recebe em deposito ou por outro titulo fiduciario um objecto proveniente de meios criminosos, com conhecimento dessa origem, se torna cúmplice, nos termos do paragrapho cuja doutrina expomos. Além disso, não basta que o agente tenha simplesmente a possibilidade juridica de dispôr da cousa. Ponhamos exemplo: — A. subtrae um collar de perolas e o empenha. B. recebe a cautela que lhe permite, com o pagamento da quantia mutuada, tomar posse da joia empenhada. B. não pôde ser reputado cúmplice de A. antes de receber o objecto, pelo facto unicamente de haver ficado com o documento que lhe dá direito, mediante o preenchimento de certa condição, á respectiva entrega.

E' indifferente que o cúmplice receba a cousa como presente, em *datio in solutum* ou em permuta. Assim tambem que a receba da propria pessoa que praticou o acto criminoso de que a mesma cousa proveio ou de um intermediario, de boa ou de má fé. 1). Pouco importa, para a existencia da cumplicidade que o receptor haja empregado, desviado

te em "acolher, asyalar ou occultar" criminosos, para subtrahil-os á acção da Justiça. Redundante é o emprego de tres verbos para traduzir uma unica idéa. Impropria a palavra "criminoso". A acção da justiça se exerce tambem em relação a individuos não criminosos. Medidas de segurança se applicam a réus absolvidos por inimputaveis. Quem occultar um individuo nessas condições, para subtrahil-o ao cumprimento da medida decretada, commette sem duvida o crime que o artigo 444 prevê. E não se trata de um criminoso. Bem fazem os projectos suissos que fallam em "une personne". A pena — tres mezes de detenção no maximo — nos parece, para a generalidade dos casos, demasiadamente branda.

1) Beling, *Vergl. Darstellung*, p. esp., VII, 74; Merkel, no *Handbuch*, de v. Holtzendorff, III-745; Garçon, *Code pénal annoté*, artigo 59, 320; Gretener, *Begünstigung und Hehlerei*, 173; Marciano, *Il titolo X del cod. pen. ital.*, 352, 2; etc.

ou consumido o objecto que recebeu; e tambem que tenha auferido ou não proveito pessoal. Ha receptação no caso em que o possuidor de um objecto obtido por via de um delicto, em vez de entregal-o ao dono, fal-o ao autor do mesmo delicto, exigindo a restituição do preço que por elle deu. 1).

Quem subtrae cousa furtada, conhecendo ou não esta circumstancia, é autor de um furto. Será, no primeiro caso, cúmplice de outro furto, pela receptação? As opiniões divergem. 2). A nosso ver, mórmente em face do codigo patrio, a resposta deve ser negativa.

Occultar significa operar de maneira que a cousa não seja percebida ou que só com difficuldade o possa ser. Pre-suppõe a existencia de uma pessoa que procura a alludida cousa. A occultação póde consistir apenas em falsas informações que enganem e desorientem a pessoa. Não depende de haver o occultador recebido a cousa. 3). Quem recebe um objecto proveniente de um delicto, em bôa fé, e depois, sabendo dessa origem, o esconde, incorre nas penas da cumplicidade. Não se trata ahi de *dolus superveniens*. — o dólo precede a occultação.

Comprar não representa mais do que uma modalidade do receber; pois, um simples contrato de compra e venda, um vinculo obrigacional, não basta.

Requisito geral da cumplicidade definida no paragrapho 3.º é que a cousa tenha sido obtida por meios criminosos. Um nexo de causalidade deve interceder entre esses meios e a obtenção da cousa. A phrase generica empregada pelo codigo exclue a necessidade de ser o crime de que provem a cousa crime contra a propriedade: — póde ser de outra especie (lenocinio, contrabando, suborno, etc.). Abrange o termo tambem as contravenções? *Lex non distinguit*.

1) Garraud, *Traité*, II, 684.

2) Garçon, *ob. cit.*, art. 59, 328, afirmativamente. Em contrario: — v. Bar, *ob cit.*, II, § 424.

3) Gretener, *ob. cit.*, 176; Geyer, *Gerichtssaal*, 1875, 377.

Cousas são objectos corporeos, tanto moveis como se-moventes ou immoveis ¹⁾, em contraposição a obrigações e outros direitos.

Relativamente ao elemento subjectivo :

Quem recebe, occulta ou compra cousas obtidas por meios criminosos deve ter conhecimento dessa procedencia. Não é mistér, entretanto, conhecer em suas particularidades o crime em vitrude do qual a cousa foi obtida ; nem a sua qualificação juridica. Assim, o individuo que recebe um objecto na persuasão de que elle foi conseguido por meio de um furto, quando, na realidade, o foi por um estellionato, tem o conhecimento da origem illicita que o paragrapho exige. Sem relevancia é saber ou não o receptador quem tenha sido a victima do crime.

Além da consciencia da origem viciosa da cousa, quem a recebe, occulta ou compra, para ser incluído no numero dos cumplices, precisa ter o dóló que caracteriza essa fórma de participacão. Elle não consiste, porém, na hypothese, na vontade de prestar auxilio á execucao do crime — execucao já terminada — mas na de prolongar ou perpetuar um estado criminoso. Carece de importancia o motivo ou o fim. Quem, por exemplo, occulta um objecto roubado, com o intuito de se cobrar de uma divida do ladrão, é cúmplice do roubo. O dóló deve existir no acto (recebimento, occultação ou compra). E' sufficiente o eventual. Não ha receptação culposa. A phrase "ou devendo saber-o pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houveram" não significa uma equiparação do dolo e da culpa (sentido estricto). E' uma *praesumptio doli*. ²⁾

Contra a idéa de considerar a receptação como fórma da cumplicidade se têm pronunciado, em nosso país,

1) Thirion, *Cumplicité par recel*, 85 ; Schwartz, *ob cit.*, § 259, 2 ; v. Liszt, *ob. cit.*, § 147, II, 1 ; Gretener, *ob. cit.*, 172.

2) A ominosa phrase (como a qualificou Beling), que tem provocado tantas divergencias, ainda apparece nos projectos suissos e nos nossos. Depois do que a respeito se tem escripto na Allemanha, não se explica airoosamente semelhante teimosia.

não menos que Lima Drummond, José Hygino, Alfredo Russell e outros. 1).

IV. — Em ultimo lugar menciona o codigo, na classe dos cúmplices, os que derem asylo ou prestarem sua casa para a reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reúnem. E' a disposição, levemente modificada, do § 2.º do artigo 6 do codigo de 1830. A má construção phraseologica do paragrapho 4.º, que vamos analysar, tem dado ensejo ás mais desencontradas interpretações, entendendo uns que ahi se cogita de duas hypotheses differentes — a de dar asylo a assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes, e a de prestar casa para a reunião de delinquentes dessas duas especies, conhecendo-os como taes e o fim para que se reúnem ; e outros, que uma unica hypothese, estando a locução “prestarem sua casa” como explicativa da palavra “asylo”.

Tambem dissidiam os interpretes, quando procuram determinar a indole da cumplicidade definida nesse paragrapho. Julgam uns tratar-se de cumplicidade *post factum* 2); outros, ao inverso, de cumplicidade *ante factum*. 3). Ruy Barbosa viu nesse paragrapho uma cumplicidade anterior e outra posterior. Ouçamol-o : — “Quando no texto se falla em prestar a casa para a reunião de assassinos ou roubadores, o que se indica é a cumplicidade *anterior* ; porque ao facto de uma reunião de assassinos ou roubadores a idéa que se associa é a do conchavo para o homicidio ou roubo. Na outra proposição o uso do vocabulo “asylo” denota a cumplicidade *posterior*, a protecção subsequente ao delicto, por isso que na lexicologia criminal asylo quer dizer especial-

1) Souza Bandeira Filho, **Dissertação**, S. Paulo, 1875 ; Estevam Lobo, **Revista dos Tribunaes**, I, 89 ; José Hygino, no **Tratado de v. Liszt**, II-534 ; Lima Drummond, **Lições**, 189 ; e, especialmente, Alfredo Russell, na **Revista de Direito**, XII, 439.

2). Estevam Lobo, **Autoria collectiva**, n. 35 ; Thomaz Alves, **Anotações**, I, p. 170 ; Didimo Junior, **Da tentativa e da cumplicidade**, p. 165 e seguintes ; e outros.

3) Francisco Luis, **Codigo criminal anotado**, n. ao § 2 do artigo 6.º ; Camargo, João Vieira e outros.

mente refugio contra a acção das autoridades”. Esta exegese foi adoptada e defendida pelo dr. Mendes Pimentel. 1).

Embóra tenhamos certa vez decidido em sentido differente, *dum dies diem docet*, estamos actualmente convencidos de que a opinião de Ruy Barbosa é a que melhor se justifica. Ella tem por si o elemento historico. Não ha como negar a unidade de pensamento do paragrapho 4.º, que estudamos, e do paragrapho 2.º do artigo 6 do codigo de 1830. As pequenas differenças de redacção não alteram a essencia dessas duas disposições. O citado paragrapho 2.º teve como fontes a Ordenação, livro V, titulo 105 e os projectos de codigo penal organizados por Bernardo de Vasconcellos (art. 6.º, 5.º) e por Clemente Pereira (art. 9.º, 5.º). O legislador da monarchia fundiu em um só dispositivo as hypotheses da mencionada Ordenação e dos projectos, sacrificando, contra seu costume, a perspicuidade do texto. Não podia repugnar a esse legislador a idéa de um *auxilium post maleficium*. Era na epoca uma idéa geralmente recebida. Para extranhar é que, sessenta annos depois, ainda conservasse o presente codigo o condemnado instituto da cumplicidade posterior.

Nas duas hypotheses em que se biparte o paragrapho que analysamos destaca-se um elemento commum: — a exigencia de serem assassinos e roubadores, conhecidos como taes pelos cumplices, os individuos asylados ou a quem a casa é prestada para o fim da reunião. A phrase “assassinos e roubadores” não comprehende somente os que matam para roubar. A copulativa ahi se encontra, como em varios outros passos, em vez da disjuntiva. O nome de assassino era dado, primitivamente, aos que matavam por dinheiro ou mandato; mas se tornou, com o decurso dos tempos, menos restricto, passando a designar os autores de homicidios aggravados pela premeditação e outras circumstancias. 2). Nesta accepção deve elle aqui ser entendido.

1) **Revista dos Tribunaes**, XXV, 510.

2) Levy Jordão, **Commentario ao codigo penal português**, IV, 21.

Quanto ao vocabulo “roubadores”, nenhuma duvida. O paragrapho falla em assassinos e roubadores. A pluralidade não é necessaria na hypothese de simples asylo. Muitas vezes se servem as leis do plural, comprehendendo tambem o singular : — “c’est lá une maniere de s’exprimer très habituelle dans les formes de la loi”. 1).

Dar asylo significa proporcionar abrigo, refugio, homiziadouro ao delinquente, de maneira a protegel-o contra perseguições ou pesquisas das autoridades. Não só a casa do asylador serve para esse fim, senão tambem outro qualquer lugar de que o mesmo disponha. O fazendeiro que, nas matas de sua propriedade, esconde um homicida, scientemente, com o intuito de subtrahil-o á acção da justiça, se torna cúmplice por acoitamento. Devem as autoridades a quem a lei confia o descobrimento dos delictos e a punição dos delinquentes se ter posto em movimento, visando a pessoa acoitada. Pretender que uma condemnação (ou simples despacho de pronuncia) já tenha sido proferida é deixar que muitos criminosos possam ser escandalosamente acoitados.

Quanto ao elemento subjectivo : — O asylador deve conhecer seus protegidos como assassinos ou roubadores. Não é mistér, entretanto, um conhecimento dos crimes em concreto. O motivo nada importa.

A segunda hypothese prevista no paragrapho 4.º, que commentamos, é a prestação de casa para a reunião de assassinos e roubadores. A lei reprime semelhante factio, porque com elle adquirem esses criminosos facilidade e occasião para, illudindo ou embaraçando a vigilancia das autoridades, combinar e executar os seus planos maleficos. Tres são as condições dessa cumplicidade: — a prestação de casa, a qualidade de assassinos e roubadores nos individuos auxiliados, e o fim criminoso da reunião. Subjectivamente, por parte do receptador, conhecimento dessa qualidade e desse fim. 2).

1) Chauveau et Helie, **Théorie**, not. 9 ao n. 117.

2) Os projectos João Vieira e da Camara dos deputados, inspirando-se no anachronico e injustificavel artigo 61 do codigo penal francês, introduziram um elemento novo na disposição respeitante á receptação de pessoas — a habitualidade.

V. — Como o código do imperio, o actual nenhuma disposição insere a respeito da communicabilidade ou incommunicabilidade das circumstancias que acompanham os crimes e em que tomam parte duas ou mais pessoas. “Punto de marcada transcendencia”, lhe chamou com razão Obarrio. ¹⁾. Geralmente as circumstancias que influem na imputabilidade e na pena dos varios participantes do delicto são divididas em pessoas e materiaes. Para a doutrina corrente as primeiras não se communicam; as ultimas, sim. Tão simples, *prima facie*, essa doutrina encerra difficuldades muito sérias. A linha separatoria dessas duas especies de circumstancias é incerta e duvidosa. Basta reparar no que se passa com a circumstancia da premeditação. Alimena a reputa eminentemente subjectiva e nesse sentido decidem os tribunales italianos. ²⁾. Em França, Maisonneuve considera essa circumstancia como de indole objectiva ³⁾; e a jurisprudencia nesse país qualifica como cúmplice de assassinio quem auxilia um homicidio praticado com premeditação. ⁴⁾. Binding sustenta não estar essa circumstancia comprehendida entre as relações pessoas a que se refere o paragrapho 50 do código de sua patria. ⁵⁾.

A reincidencia é outra circumstancia em cuja apreciação não se unanimam os escriptores.

Circumstancias pessoas indubitaveis são a menoridade, o erro, a embriaguez, o surdo-mutismo e a demencia.

Circumstancias materiaes da mesma ordem são a escalada, a violencia, as chaves-falsas, etc.

Como dissemos, a incommunicabilidade das circumstancias subjectivas é lição corrente. Notaveis criminalistas,

A commissão da Faculdade de S. Paulo applaudiu a innovação. Com ella, porém, pouco se lucraria. Os projectos posteriores regularam a materia.

1) **Curso de direito penal**, 116.

2) **La premeditazione**, 264. Contrariamente: Impallomeni, **Omicidio**, 172. Sobre a jurisprudencia: Amedeo Rocco, **Esame critico della premeditazione**, Lanciano, 1917, p. 85.

3) **Exposé de droit pénal**, 105.

4) Garraud, **ob. cit.**, II, 731.

5) **Grundriss**. p. 129.

porém, admittem a communicabilidade de taes circumstancias, quando ellas constituem meio de facilitação para o delicto. ¹⁾ Esta teoria limitada ás circumstancias aggravantes, está consagrada no codigo italiano (art. 65). Acolheram-na os projectos João Vieira e da Camara dos deputados. Os melhores codigos hodiernos excluem completamente a communicação das circumstancias subjectivas (allemao, § 50; hollandês, 50; genebrino, 47; peruano, 104, etc.). O artigo 50 do hollandês, por exemplo, réza: — “As circumstancias pessoases que excluem, diminuem ou aggravam a criminalidade sómente se tomam em consideração, na applicação da lei penal, relativamente ao autor ou cumplice a quem pessoalmente concernem”.

No tocante ás circumstancias materiaes ou objectivas, todos os escriptores, dos mais diversos países, estão de acôrdo em que ellas devem communicar-se. A desharmonia se manifesta apenas a respeito do elemento subjectivo. Alguns entendem que taes circumstancias devem ser conhecidas pelo participante; outros se contentam em que este as tenha podido prever. O codigo italiano seguiu a primeira opinião (art. 66). A segunda ainda se encontra em alguns systemas juridicos. Citaremos, como exemplo, o codigo portuguez, cujo artigo 32.º está assim redigido: — “As circumstancias aggravantes relativas ao facto incriminado só aggravam a responsabilidade dos agentes que dellas tiveram conhecimento ou que devessem tel-as previsto, antes do crime ou durante a execução”. Esta solução é preconizada por diversos criminalistas. Ha ainda quem pense que as circumstancias objectivas não precisam ser conhecidas ou que a parte accusadora não necessita provar que os participantes as conheciam — “teórica draconiana che riduce il diritto penale ad una specie di macina da molino; destinata a stritolare, ciecamente e fatalmente, tutto che passa sotto il suo giro”. ²⁾ A jurisprudencia

1) Carrara, **Programma**, I. § 507; Brusa, **Saggio**, §§ 309-314; Bucellatti, **Istituzioni**, 461; Berner, **Lehrbuch**, § 112; etc.

2) Flamarino dei Malatesta, **Comunicazione delle circost.**, 8.

francesa tem feito applicação dessa doutrina, a despeito de sua clamorosa injustiça. 1).

Em nosso país, o assumpto foi tratado *ex professo* pelo dr. Lima Drummond em suas *Lições* (XXVII). Elle distingue as circumstancias em accidentaes ou contingentes, dirimentes e justificativas. As primeiras se subdividem em aggravantes e attenuantes. Tanto umas como outras são pessoas ou materiaes. As attenuantes e aggravantes pessoas não se communicam. As materiaes, sim, mas, com esta differença : — as aggravantes, quando o participante as tiver conhecido ou puder prevel-as, as attenuantes sem essa restricção. As circumstancias ou qualidades pessoas que importam causas dirimentes da imputabilidade criminal são incommunicaveis. As que constituem causas justificativas são por sua propria natureza communicaveis. E' um systema mixto o propugnado pelo illustre criminalista. F. Bastos se declara partidario da solução adoptada pelo codigo italiano. 2).

Apesar das opiniões em contrario de Stooss, Birkmeyer e outros, entendemos que é conveniente a regulamentação legislativa desse controvertido assumpto. Isso foi reconhecido, com razão, na discussão do projecto suizo e na exposição de motivos do projecto allemão. 3). Os codigos e projectos modernos inserem disposições a respeito. 4).

1) Cuche, *Précis de droit criminel*, n. 151: — “la jurisprudence n'exige pas que le complice ait eu connaissance des circonstances aggravantes, qu'elles qu'elles soient, pour en faire subir la répercussion au complice”.

2) *Lições*, p. 85.

3) *Begründung*, 513.

4) Codigo peruano, art. 104 ; argentino, 48 ; turco §§ 66 e 67 ; espanhol, 49 ; projecto sueco, cap. VIII, § 8 ; italiano (Rocco), arts. 116 e 117 ; grego, 23 ; etc. O projecto brasileiro (Sá Pereira) preceitua : — “As relações, qualidades e circumstancias **especiaes**, que favoreçam ou prejudiquem a um dos coautores, aos demais não se communicam”. Os projectos allemães, a partir do de 1913, substituiram o adjectivo “pessoas” por “especiaes”. Pensou-se que com isso ficariam removidas as duvidas a que o primeiro dá lugar. A critica recebeu mal a novidade (Gerland, *Der Entwurf* 1925, p. 60, n. 1 ; e, especialmente, G. Dahm, *Taeterschaft und Teilnahme im amt. Entwurf*, 132). Preferimos a expressão communmente usada — “pessoas”.

VI. — Acêrca do tempo e lugar da comparticipação ou cumplicidade (em sentido amplo) divergem as opiniões immensamente. Uns sustentam que cada comparticipante coopera no crime no lugar e no tempo em que pratica o acto de cooperação. ¹⁾ Outros affirmam que o lugar e o tempo da comparticipação se determinam pela acção principal. ²⁾ Um terceiro grupo toma como elemento decisivo tanto o da actividade do cumplice como o da acção principal. ³⁾ Esta é a opinião que predomina nas legislações e na pratica. O codigo norueguês e os mais recentes projectos de codificação penal a consagram.

1) Schwartz, **Commentar**, 127; Haelschner, **Lehrbuch**, I, 153; v. Bar. **Lehrbuch**, 211; Kitzinger, **Ort und Zeit d. Handlung im Strafr.**, 217; etc.

2) Schuetze, **ob cit.**, 57, 2; Birkmeyer, **ob. cit.**, 172; Mintz, **Die Lehre v. d. Beihilfe**, 156; etc.

3) Merkel, **Lehrbuch**, 276; v. Lilienthal, **Ort d. strafb. Handlung**, 32; Binding, **Handbuch**, 424; e outros muitos.

Art. 22. — Nos crimes de abuso da liberdade de comunicação do pensamento são solidariamente responsáveis :

- a) o autor ;
- b) o dono da typographia, lytographia, ou jornal ;
- c) o editor.

Paragrapho 1.º — Se a typographia, lytographia, ou jornal pertencer a entidade collectiva, sociedade ou companhia, os gerentes ou administradores serão solidariamente responsáveis para todos os efeitos legais.

Paragrapho 2.º — São também responsáveis :

- a) o vendedor ou distribuidor de impressos ou gravuras, quando não constar quem é o dono da typographia, lytographia, ou jornal, ou fôr residente em país estrangeiro ;
- b) o vendedor ou distribuidor de escriptos não impressos, communicados a mais de 15 pessoas, se não provar quem é o autor, ou que a venda ou distribuição se fez com o consentimento deste.

Art. 23. — Nestes crimes não se dá culpabilidade, e a acção criminal respectiva poderá ser intentada contra qualquer dos responsáveis solidarios, a arbitrio do queixoso.

Paragrapho 1.º — Quando a condemnação recahir no dono da typographia, lytographia, ou jornal, ser-lhe-á applicada somente a pena pecuniaria elevada ao dobro.

Paragrapho 2.º — No julgamento destes crimes os escriptos não serão interpretados por phrases isoladas ou deslocadas.

I. — O pensamento escapa, pela sua natureza immaterial, á acção da lei ; mas, desde que se reveste de uma fórma concreta, desde que sae do dominio das abstrações para entrar no da realidade objectiva, fica sujeito á vigilancia e á re-

pressão do Estado. O homem não goza, nem pôde gozar, na communhão social em que vive, da liberdade de manifestar tudo o que lhe passa pelo cerebro. Exteriorizado pela palavra, fallada ou escripta, o pensamento pôde constituir uma lesão ou periclitacão de bens juridicos, individuaes ou collectivos ; e, porisso, exigir a intervenção do poder punitivo do Estado. Corporizando-se em um acto externo, torna-se o pensamento susceptivel de repressão. Uma das fórmãs em que elle se manifesta é a escripta. Esta pôde ser manual ou mechanica. A imprensa é das fórmãs desta segunda especie a mais importante. Costuma ser dividida em periodica e não periodica. Em sentido estricto, quando se falla de imprensa, entende-se a primeira.

Vem da revolução francêsa, desde essa epoca, pois, a importancia, sempre crescente, da imprensa periodica. Representa esta em nossos dias formidavel potencia. E' o mais firme esteio do regime democratico. Diz muito bem um monographista suiso : — “Estas duas instituições se sustentam uma á outra como os dois arcos de uma mesma abobada”. 1).

Durante largo espaço de tempo, acreditaram os governos que o remedio mais efficaz para impedir os abusos (verdadeiros ou suppostos) na manifestacão das idéas pela imprensa era a adopção de medidas preventivas e repressivas, nomeadamente a da censura. Taes medidas foram a pouco e pouco sendo abolidas, nos mais diversos países. Dellas pouco resta. O grau de civilização a que attingiram os povos modernamente as repelle e condemna. A respeito da censura escreveu Carlos Marx esta bella phrase : — “A lei da imprensa pune o abuso da liberdade, a lei da censura pune a liberdade como abuso”.

Em nossa patria, a constituição da monarchia proclamou solennemente : — “Todos podem communicar os seus pensamentos por palavras, escriptos e publical-os pela imprensa sem dependencia de censura, com tanto que hajam de responder pelos abusos que commetterem no exercicio desse

1) Paccaud, *Du régime de la presse*, Lausanne, 1887, p. 14.

direito, nos casos e pela fórma que a lei determinar”. O código criminal de 1830, nos artigos 7.º e 8.º, estabeleceu os preceitos relativos aos delictos de abuso da liberdade de comunicação do pensamento. 1). Adoptou o systema da responsabilidade successiva, collocando em primeiro lugar na escala o impressor, gravador ou lytographo. O regime instituido pelo código produziu na pratica pessimos resultados — a mais escandalosa impunidade. O código vigente quiz pôr um dique á torrente, cada vez mais volumosa, dos abusos; e estabeleceu systema differente, o da solidariedade. Veio o Constituição de 24 de fevereiro e consagrou, em toda a sua plenitude, o dogma da liberdade de manifestação do pensamento, repetindo, quasi que letra por letra, a disposição do pacto fundamental da monarchia. 2). Tambem o systema da solidariedade se revelou incapaz de conter os excessos criminosos da liberdade garantida pela lei suprema. O decreto n. 4.743, de 31 de outubro de 1923, deu novo regulamento ao exercicio dessa liberdade. Adeante veremos os principios que elle abraçou.

II. — Por que regras devem ser disciplinados os delictos que se commettem por meio da imprensa? 3).

1) Antes do código, tivemos o decreto de 22 de novembro de 1823 e a lei de 20 de setembro de 1830. Aquelle responsabilizava em primeiro lugar o autor ou traductor do escripto. Esta, o impressor. Digno de nota é que, antes das leis belgas, o systema successivo foi introduzido em nossa país.

2) Por influencia do positivismo, foi acrescentado ao texto constitucional a alinea: “Não é permitido o anonymato”. A idéa de se exigir a assignatua do autor nos escriptos destinados á divulgação pela imprensa já havia sido varias vezes propugnada em nosso parlamento. Assim se explica a boa vontade com que foi acolhida a proposta de abolição do anonymato. Quiz a constituinte sujeitar a imprensa á sancção moral da opinião publica; e para isso era necessario que se tornasse conhecido o nome do auctor dos escriptos publicados (A. Gordo, **Lei de Imprensa**, ps. 8 e 9).

3)) E’ preciso distinguir os delictos de imprensa propriamente ditos e os que se commettem por meio da imprensa. Essa distincção é hoje corrente na doutrina e nas legislações. Os primeiros são delictos de policia da imprensa. Os ultimos são delictos communs praticados por meio della. v. Liszt no **Rechtslexikon** de v. Holtzendorff s. v. **Presstrafrecht**; Puglia, na **Enciclopedia** de Pessina, IX, 1027: — “oggi la distinzione é prevalente nella dottrina e si é fatta strada nella legislazione”.

Quatro são os systemas que, sob uma fôrma pura ou modificada, vigoram nas diversas legislações: — o da applicação das normas communs da autoria e cumplicidade criminosa (inglês); o da responsabilidade successiva, “par cascades” (belga); o das penas de negligencia (alemão); e o da responsabilidade pelo delicto de outrem (francês). ¹⁾

Um dos mais estrenuos defensores do primeiro é Stross, o celebre autor do projecto de codigo penal unico para a Suissa. Depois de passar em revista as varias legislações cantonaes dessé país, conclue elle com as seguintes observações: — “Não se póde pôr em duvida que o emprego dos principios communs acêrca do dolo e da culpa aos delictos de imprensa dá lugar a muitas difficuldades. O nome do autor se conserva em segredo, a verdadeira culpa dos demais participantes só a muito custo se consegue determinar. Como se logrará demonstrar que o impressor, o editor, o distribuidor tiveram conhecimento do conteúdo do escripto? Restaria unicamente, portanto, punir a reprodução ou divulgação de manifestações criminosas como factos attribueis á imprudencia, o que não é possivel considerar como sufficiente. O systema em vigor viola os principios superiores do direito punitivo e, conseguintemente, a justiça. O direito repressivo visa punir o delinquente, e só elle; e isso com relação á culpa de cada um. Em materia de delictos de imprensa, toma-se uma pessoa, que se presume haver participado da execução do crime, e attribue-se-lhe a qualidade de autor, sem attender á existencia, comprehensão e grau da culpa. Todos os outros comparticipes, quiça, os verdadeiros culpados, ficam impunes. Depende de circumstancias, que nada têm que ver com a justiça punitiva, determinar quem incidirá na sancção da pena. Não é possivel, portanto, olhar como justa a penaliade dos delictos de imprensa. A punição de taes delictos repousa essencialmente em que a manifestação tida como merecedora de castigo se torna publica. Resulta dahi o dever, para aquelles que concorrem na publicação, de examinar o caracter

1) D. Gusti, *Die Grundqegriffe des Pressrechts*, p. 104.

criminoso dessa manifestação. A transgressão desse dever, só por si, justificaria a imposição da pena. Obrigar, porém, os impressores, editores e outros participantes a denunciar o autor é cousa repugnante. O individuo sem dignidade denunciará; o honrado soffrerá a punição. Sob todos os aspectos, é impossivel conservar o estado actual da lei. Cumpre descobrir uma regulamentação que esteja de harmonia com os principios do direito punitivo. Se não é possivel achar disposições que preencham semelhante condição, empreguem-se os principios geraes". 1).

No seio da primeira commissão encarregada de examinar o mencionado projecto, quando foi da discussão a respeito dos crimes contra a honra, defendeu o citado criminalista, brilhantemente, o seu ponto de vista. E nisso foi secundado, entre outros, pelo professor Gautier. 2). Quando se debateu, na camara franceza, o projecto da lei de 1881, partidario da applicação do direito *commum* á imprensa, exceptuadas algumas especies de crimes, se mostrou Floquet. O seu contra-projecto, reproduzido no senado por Leonel, suscitou a mais ardente discussão; mas, apesar do apoio caloroso que alcançou em certas bancadas do Parlamento, acabou sendo rejeitado.

O *systema* da applicação do direito *commum* é vivamente impugnado por valorosos adversarios. Entre elles figura, por exemplo, Paccaud. Eis como elle termina a série de argumentos com que o combate: — "... nous considerons l'application des régles du droit *commum* aux délits de presse comme insuffisante, dans certains cas, ou comme entraînant des conséquences beaucoup trop rigoureuses, dans d'autres cas. S'il y a de l'arbitraire dans tout legislation spéciale sur la presse le public et la presse même s'en accomodent mieux que du régime du droit *commun*". 3).

1) **Die Grundzuege d. schw. Strafrechts**, I, 211.

2) **Verhandlungen der Experten.**, II, 79 e seguintes. Varios cantões suissos não possuem disposições especiaes a respeito dos delictos de imprensa: empregam as regras *communs* (Hafer, **Lehrbuch**, p. 432). Na segunda commissão, pela applicação do direito *commum* se bateu eloquentemente Calame (**Verhandlungen**, II, 464).

3) **Ob cit.**, p. 47.

Em nosso país, synthetizou o dr. Lima Drummond no seguinte trecho os defeitos da applicação do direito commum : — “Os inconvenientes deste systema se traduzem — ou na impunidade absoluta dos co-delinquentes pela difficuldade extrema de provar-se, no tocante a cada um delles, a *conscientia sceleris* ; ou na censura prévia exercida por parte dos editores e impressores escrupulosos em relação aos autores”. ¹⁾.

O segundo systema estabelece uma ordem successiva de responsabilidade entre as diversas pessoas que tomam parte no delicto de imprensa. Na falta ou exclusão de umas, outras são chamadas a responder por esse delicto. E’ o principio indebitamente qualificado como belga (*par cascades*, na pitoresca expressão do deputado de Brouckère). Cada legislação que o adopta organiza a seu talante a escala. Na Belgica a punição só recae em uma das alludidas pessoas, é exclusiva. O mesmo não acontece na França. ²⁾.

Este systema se notabiliza pela sua simplicidade. No ponto de vista processual, é verdadeiramente commodo, pois permite fixar com a maior rapidez a pessoa responsavel. Mas, no tocante á causalidade e á culpabilidade, nenhuma razão plausivel o recommenda. Elle assenta em presumpções puramente arbitrarías. Como diz o publicista suíço citado : — “La loi jongle avec la responsabilité qu’elle établie”. Gusti conceitúa esse systema como “monstruoso mecanismo repressivo”. ³⁾. Stooss o censura como contrario á moral, pois obriga á delação. ⁴⁾.

O terceiro systema, appellidado allemão ou das penas de negligencia, applica as regras do direito commum aos delictos de imprensa, quer se trate de publicações periodicas, quer não ; mas as completa, para o caso em que não seja possivel provar a commissão intencional do delicto. Quando a publicação é periodica, responde como autor o redactor,

1) Lições, p. 252.

2) Zimmermann, *Die Grundbegriffe des franzoesisch-belgischen Press-Strafrechts*, p. 80.

3) *Ob. cit.*, p. 102.

4) *Zeitschrift fuer Schweizer Strafrecht*, VIII, 80.

presumpção que pôde ser elidida por circumstancias particulares. Se o redactor, o editor, o impressor, o distribuidor não podem ser punidos como autores ou cúmplices, por falta do elemento subjectivo do dolo, respondem por negligencia, salvo se demonstrarem o contrario, incorrendo em uma pena especial de multa ou prisão. Ficam isentos dessa pena, se, antes de proferida a primeira sentença, indicam o autor ou correspondente que consentiu na publicação. E' necessaria a residencia dessa pessoa em territorio allemão, na epoca da publicação ou do processo. A lei, desde que não seja possível applicar os principios communs da autoria e cumplicidade, crea um delicto novo, consistente na falta de vigilancia e dependente de outro. O systema das penas de negligencia foi adoptado na Austria, menos a presumpção da autoria dolosa do redactor responsavel.

O systema francês faz consistir na publicação o delicto de imprensa. Logicamente, considera o "publicateur" como autor principal desse delicto. Na imprensa periodica, é o gerente o responsavel. Fabreguettes o qualifica "un véritable boue émissaire". 1).

O codigo penal patrio não seguiu nenhum destes systemas. Imaginou um outro. Infelizmente, a concepção foi das mais absurdas. Elle excluiu a applicação das regras da comparticipação aos delictos de imprensa. Estabeleceu responsabilidade solidaria entre o autor, o dono da typographia ou jornal e o editor. Deu ao offendido o direito, o arbitrio de escolher quem devia ser punido. Tornou tambem responsavel, subsidiariamente, o vendedor ou distribuidor de impressos ou gravuras, quando não constasse quem era o dono da typographia, lithographia ou jornal, ou fosse elle residente em país estrangeiro; e o vendedor ou distribuidor de escriptos não impressos, communicados a mais de 15 pessoas, se não provasse quem era o autor, ou que a venda ou distribuição se fizera com conhecimento deste. Para o dono da typographia, lithographia ou jornal a pena era pecuniaria, elevada ao dobro.

1) *Traité des infractions de la parole*, I, 268.

O systema que a legislação patria ideou soffreu acerbas, mas merecidas, censuras do dr. Mendes Pimentel, que o qualificou de “monstro horaciano amalgamado com restos de todos os systemas”. Escreveu o illustre criminalista: — “Ao legislador dictatorial cabe por inteiro a gloria de ter creado mais um systema de responsabilidade dos delictos de imprensa. E’ uma concepção toda nova que não póde ser considerada como systema de solidariedade (porque a alternativa, a escolha a arbitrio do queixoso a exclue, e a prohibição da cumplicidade a desmente), nem como systema successivo (porque a selecção do responsavel é de puro interesse ou capricho do offendido), nem como systema de penas por negligencia (porque o dono da typographia ou o editor é punido como o autor principal por dolo e não por culpa), nem como systema de responsabilidade individual e intransferivel. Não póde ser classificado em nenhum delles, mas de todos elles participa, pois que é o producto do alinhamento de retalhos tirados a cada um”. 1). São ainda da penna do distincto professor mineiro as seguintes observações: — “Não ha legislação alguma sobre responsabilidade de delictos de imprensa que, no caso de ser conhecido o autor do escripto, o relaxe de culpa e pena. . . Só o nosso codigo admittre a cerebrina solidariedade que, a capricho do queixoso, se converte em responsabilidade exclusiva do editor ou do dono da typographia, se sobre um ou outro recahir a escolha do querelante. A solidariedade em these, convertida em exclusividade pela escolha do queixoso e pela prohibição de cumplicidade, é concepção que repugna aos principios fundamentaes do direito criminal”. 2).

Opinaram alguns que a responsabilidade solidaria decretada pelo codigo era incompativel com o preceito do § 12 do artigo 72 da Constituição Federal. 3). Mas assim

1) **Revista forense**, XIX, 10.

2) **Ob. cit.**, p. 25.

3) Silva Marques, **Elementos de direito publico e constitucional**, p. 222: — “Com esta ultima disposição (a prohibição do anonymato) é fóra de duvida que o poder constitucional quiz tornar effectiva, antes de tudo, a responsabilidade do autor, prescreveu a responsabili-

não entenderam os tribunaes. Na vigencia do codigo, acoroçoados pela impunidade, iam-se perennizando os abusos. Com o intuito de refreal-os, foi promulgada a lei n. 4.743, de 31 de outubro de 1923. 1).

Esta lei transformou radicalmente o anterior systema. Em vez do solidario, adoptou o successivo, tornando responsaveis nos delictos de imprensa — o autor, o editor, o dono da officina ou estabelecimento e os vendedores ou distribuidores. No artigo 10.º, onde se encontra indicada essa escala, são apontadas as condições da responsabilidade successiva.

Sempre que se tratar de imprensa periodica, o director ou redactor principal será considerado autor de todos os escriptos não assignados e tambem dos assignados por quem não esteja nas condições legaes ; o gerente será considerado editor ; e o proprietario do jornal equiparado ao dono da officina, se na realidade o não fôr. O artigo 12 accrescenta : — “Quando a officina graphica ou orgam da imprensa for propriedade de alguma sociedade, esta será representada por seu gerente, salvo havendo prova de caber a outrem, em condições de responder nos termos desta lei, a responsabilidade que se lhe attribue”. Estas disposições são completadas pela do artigo 15, o qual assim reza : — “Sempre que um dos responsaveis enumerados no artigo 10 gozar immuniidades ou de fôro especial, a parte offendida poderá promover acção contra o responsavel ou responsaveis que se lhe seguirem na ordem da responsabilidade successiva determinada no referido artigo”.

Estabeleceu a lei, em seu artigo 11, um processo summarissimo para ser declarado inidoneo ou falto dos necessarios meios pecuniarios o autor ou editor, ficando assim a parte com direito a proceder criminalmente contra os responsaveis successivos. A decisão é irrecorrivel.

dade individual e não collectiva, como quer o codigo”. No mesmo sentido, Mendes Pimentel, na citada **Revista**, p. 27.

1) O historico da lei está minuciosamente relatado em Solidonio Leite Filho, **Commentario á lei de imprensa**, p. 31 e seguintes.

Entre as inovações introduzidas por essa lei merece destaque o direito de resposta, que ella regulou previdentemente, de accordo com os melhores modelos. Esse direito é attribuido a toda pessoa, natural ou juridica, que fôr atingida em publicação do jornal ou periodico por offensas directas ou referenciās de facto inveridico ou erroneo, que possa interessar a sua reputação e boa fama. Esse direito compete tambem aos successores da pessoa offendida. A inserção ou publicação da resposta ou rectificação deve ser feita dentro de tres dias, gratuitamente, no mesmo lugar e com os mesmos caracteres da publicação que a tiver provocado. 1).

Menciona a lei, taxativamente, os casos em que a inserção pôde ser recusada. E regula o processo para obrigar os gerentes a realizarem a publicação. O gerente do jornal ou periodico fica sujeito á multa de 200\$000 a 2:000\$000, 2), sendo essa multa elevada ao triplo para o requerente que houver instruido sua petição com uma resposta em termos diversos da recusada. Goza de privilegio especial sobre os bens da empresa, ainda em caso de fallencia (derogado para este fim o artigo 24, n. 4 da lei n. 2.024 de 1908), a multa imposta ao gerente, socio solidario ou membro da respectiva directoria. O artigo 19 declara o destino das multas. Essa disposição modifica a norma adoptada pelo artigo 1547 e seu parographo do Codigo Civil.

Creou a lei diversas medidas de natureza policial. Assim obrigou todo diario ou periodico a estampar no cabeçalho os nomes do director ou redactor principal e do gerente, que deverão estar no gozo de seus direitos civis e ter

1) Entre os defeitos que se notam na regulamentação do direito de resposta merece ser assignalado o da falta de fixação de prazo ao dever de rectificação. Essa lacuna tambem se nos depara nas leis estrangeiras. Têm escriptores alienigenas sustentando a imprescriptibilidade desse dever. Isso nos parece inconciliavel com a essencia e a finalidade do direito de resposta. Muito bem a proposito Julian Kraehling, *Die pressrechtliche Berichtigungspflicht*, p. 142.

2) Embora a lei não o diga expressamente, é indispensavel ouvir o gerente do jornal sobre os motivos que o levaram a recusar a inserção da resposta.

residencia no lugar onde fôr feita a publicação. E mais a indicar a séde da administração e do estabelecimento graphico, sob pena de apprehensão immediata dos exemplares pelas autoridades policiaes. Determinou que os artigos publicados nas secções ineditoriaes deverão conter a assignatura dos autores, devidamente reconhecida, se nelles houver accusações ou injurias, embóra vagas e sem declinação de nomes. E regulou a matricula a que se refere o artigo 383 deste codigo. Os artigos 21, 22 e 23 estabelecem principios sobre a acção e prescripção nos crimes de calumnia e injuria por meio da imprensa.

Contém ainda a lei disposições processuaes applicaveis no Districto Federal e no territorio do Acre. No meio dellas, deslocados, se acham os artigos 28 e 29, concernentes á publicação da sentença, condemnatoria ou absolutoria, proferida nos processos pelos crimes de injuria e calumnia.

No ponto de vista do direito material, são importantes as disposições dos artigos 2.º e 7.º, que definem diversos crimes. 2).

A lei n. 4.743, cuja elaboração foi das mais agitadas. 2), reproduz principios que se acham consagrados em adeantadas legislações do mundo culto. Attendeu ella aos votos manifestados pelo Congresso Brasileiro de Jornalistas, que se celebrou, em 1918, na Capital da Republica, extinguindo de vez o anonymato — “fonte de dissolução de costumes e arma de perversidade e covardia” — estabelecendo o direito de resposta, nos moldes da lei francesa. Ella nada tem de contrario á garantia constitucional da livre manifestação do pensamento pela imprensa. 3), 4), 5).

1) As formulas empregadas em alguns desses dispositivos têm sido, com razão, criticadas pela sua imprecisão. A palavra “offensa”, que nellas encontramos, é demasiadamente vaga.

2) Dentro e fóra do parlamento soffreu essa lei a maior hostilidade. Appellidaram-na de lei scelerada. Algumas condemnações que, depois della, foram impostas causaram estranheza, dada a impunidade a que já estavamos habituados.

3) Assim tem sido julgado (**Revista do Supremo**, LXII, 293; LXIV, 559). No processo do **Correio da Manhã**, disse o Supremo Tribunal: — “Creando a lei a responsabilidade successiva dos cooperadores

dos crimes, não attenta contra dispositivos constitucionaes, pois o artigo 72, § 12 da Constituição Federal confere á lei ordinaria o poder de estabelecer a fórma e o modo por que devem ser elles punidos. A fórma dada pela lei n. 4.745 veio pôr termo á controversia fortemente travada sobre a constitucionalidade da disposição do código penal que admittiu a responsabilidade solidaria, com o direito de escolha do offendido, ao mesmo tempo que evita o resurgimento dos homens de palha, tão malsinados no regime do código criminal do Imperio". (**Revista do Supremo**, LXII, 79).

4) Essa lei deixou em vigor o § 2.º do artigo 25, assim como o artigo 59 e paragrapho unico, do código. (A respeito leia-se : Seabra Junior, **Delictos de imprensa**, Rio, 1924, p. 257 e seguintes.

5) O projecto Sá Pereira dedica alguns artigos aos delictos de imprensa. Consagra o systema successivo, punindo em primeiro lugar o autor. Exige, porém, que este possua idoneidade moral. Mais razoavel é a lei actual que se contenta com a idoneidade pecuniaria. Em segundo e ultimo lugar, vem o editor. O dono da officina impressora só responde pela reparação civil. Quanto á imprensa periodica, reproduz o principio consignado no paragrapho unico do artigo 10 da lei actual. Toda esta parte do projecto fôra melhor que não existisse. O assumpro deve ser regulado, como está, em lei especial.

TITULO III

Da responsabilidade criminal; Das causas que dirimem a criminalidade e justificam os crimes

Art. 24. — As acções ou omissões contrarias á lei penal que não forem commettidas com intenção criminosa, ou não resultarem de negligencia, imprudencia, ou impericia, não serão passíveis de pena.

I. — A responsabilidade criminal — a afirmação de que o autor de um facto considerado delictuoso pela lei deve responder, perante o poder social, pelo seu procedimento — presuppõe, como condição fundamental, a imputabilidade do agente. Esta significa a possibilidade de se attribuir a determinada pessoa a culpa (lato senso) de certo procedimento. Imputabilidade quer dizer, em poucas palavras, capacidade para a culpa. ¹⁾ Dois são os requisitos dessa capacidade :

- a) que a pessoa tenha attingido certo grau de desenvolvimento intellectual ;
- b) que possua a liberdade da vontade.

Com relação ao primeiro ponto, as opiniões são unanimes. Reconhecem os escriptores e as legislações que a pessoa deve ter a maturidade necessaria, para fazer uma idéa (representação) exacta do mundo externo, das consequencias (de facto) do acto posto em pratica, para distinguir o licito do illicito e assim apreciar a indole ethica e juridica do mesmo acto. Relativamente ao segundo, as dissensões são profundas e interminaveis. Sustentam muitos que por liber-

1) Frank, *Das Strafgesetzbuch* (1901), § 51 ; Meyer-Allfeld, *Lehrbuch*, § 22.

dade da vontade se deve entender o livre arbitrio — a faculdade de escolher ou não escolher, sem outro motivo que não a propria vontade (*votum arbitrium indifferentiae*). E' a doutrina ainda mais em vóga. Opinam outros que essa liberdade não é mais do que o poder que tem o homem de se determinar por si mesmo, de accordo com os motivos e a propria individualidade (liberdade psychologica da vontade). Esta ultima escola (escola determinista) ganha dia a dia maior numero de prosélytos. Já alguém asseverou: — “os papeis estão invertidos ; o indeterminismo acha-se agóra no banco dos réus”.

Varios criminalistas sustentam que a questão da liberdade da vontade é de indole puramente philosophica e nenhuma importancia tem para a doutrina da imputabilidade. O russo Sergejewesky assim se exprime: — “Em uma exacta construcção da doutrina das condições da imputabilidade nenhum valor possui a questão da liberdade da vontade. Esta questão é de natureza philosophica e só foi introduzida na esphera do direito repressivo por erro dos antigos criminalistas”. 1). O profundo Merkel pensa de modo diametralmente opposto. Depois de mostrar que a doutrina tradicional do indeterminismo é perigosa em mais de um sentido, escreve elle: — “Combater o indeterminismo não é, por certo, cousa propria do criminalista ; cabe-lhe, porém, a missão de livrar da influencia indeterminista a doutrina penal da imputabilidade e pôr bem claro os inatacaveis fundamentos em que esta assenta. Quem attentar para o que se passa em derredor de si verá que a concepção determinista se vae alastrando cada vez mais, graças ao trabalho das sciencias naturaes, e que a questão de saber se o direito penal póde, em seus presuppostos e em seus principios basilares, harmonizar-se com ella está posta na ordem do dia, de maneira a ser impossivel dahi retiral-a. E' manifesta a importancia da prova de que essa questão deve ser respondida affirmativamente. Para a doutrina de um

1) Citado em Gretener, *Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage*, Berlin, 1897, n. 110.

paíz seria vergonhoso declarar-se neutra deante de problema dessa ordem". 1).

Os indeterministas pretendem que o determinismo seja incompatível com a idéa da imputabilidade. Por seu turno, os deterministas asseveram que é impossível assentar o principio da imputabilidade no sócco do livre arbitrio. 2). Alguns dentre elles — os mais radicaes — acham que é esforço vão procurar construir a imputabilidade e a culpa sem o reconhecimento da liberdade moral, do livre arbitrio. Para elles, o determinismo leva forçosamente á irresponsabilidade dos individuos. Porisso, em vez de responsabilidade pessoal fallam em responsabilidade social. Eis como um assás conhecido criminalista italiano expõe a nova idéa : — "L'imputabilitá penale deriva dalla esistenza stessa della societá ; quando sia dimostrato, che un uomo fu causa fisica d'una determinata azione, dalla legge classificata fra i reati, ne surge in lui la responsabilitá dinanzi alla societá. Di qui il principio che l'uomo é penalmente imputabile perché lo é socialmente ; il fondamento della dottrina, si é che l'uomo é responsabile delle azioni esternamente delittuose da lui commesse, soltanto perché e finché vive in societá. Questa ha il diritto ed insieme il compito di provvedere alla propria difesa non appena siensi verificate le condizioni della imputabilitá fisica". 3). Assim pensam os positivistas italianos. Elles substituem a responsabilidade pessoal, fundada na imputabilidade moral, pela denominada responsabilidade social, baseada na temibilidade ou periculosidade do delinquente. 4).

1) *Lehrbuch d. deut. Strafr.*, p. 72.

2) Esta these, defendida por Janka, Merkel, Traeger, Tagantzeff e muitos outros, teve entre nós um decidido propugnador em Pedro Lessa, **O determinismo psychico e a imputabilidade e responsabilidade criminaes** (1905). Franco partidario da doutrina determinista foi José Hygino, como se vê do seu magnifico prefacio á traducção do **Tratado** de v. Liszt. Da escola contraria quem mais se salienta é Filinto Bastos (*Licções*, p. 65 ; *Estudos*, 20).

3) Florian, *Dei reati e delle pene*, 171.

4) Ferri, na exposiçáo de motivos de seu projecto, escreveu : — "...riconosciuto nello Stato il solo diritto, proveniente dalla necessitá

Entre as teorias que procuram explicar a imputabilidade moral sem intervenção do livre arbitrio costumam ser apontadas : — a da normalidade de v. Liszt, a da identidade pessoal e similitude social de Tarde e a da intimidabilidade de Alimena.

Para o celebre professor berlinense, a imputabilidade quer dizer o mesmo que capacidade de se determinar normalmente. Imputavel, a seu ver, é quem reage normalmente aos motivos : — o homem espiritualmente maduro e são, dotado de consciencia imperturbada. A essencia da imputabilidade reside no conteúdo normal e na força motivadora normal das representações. 1).

dell'esistenza sociale, de provvedere alla difesa dei cittadini onesti contro i delinquenti, ne viene necessariamente la conseguenza che dalla imputabilità **materiale** deriva indissolvemente la imputabilità **legale**. Vale a dire che ogni uomo, per il solo fatto di vivere in società e quindi di avere tutti i vantaggi, le protezioni e le garanzie del consorzio civile, deve rispondere alla società del suo modo di agire (responsabilità sociale) quando ofenda negli altri uomini e nella collectività le condizioni di esistenza ed i conseguenti diritti, cioè abbia una forma di attività che sia inferiore a quel minimo de disciplina sociale, variabile di epoca in epoca, ma senza di quale non é possibile l'umana convivenza”.

Preconizando os beneficos efeitos da adopção do principio da responsabilidade social para a administração da justiça penal, acrescenta o insigne criminalista : — “In fatti, per essa resta eliminata dei debatiti giudiziari ogni discussione sulla responsabilità ed irresponsabilità morale dello imputato, riducendoli per una parte ad un esame tecnico degli elementi di proba (per dimostrare o negare che l'imputato sia l'autore del delitto) e per altra parte all'esame delle condizioni individuali e sociali dell'imputato in ordine alla sanzione meglio adatta alla sua personalità. E così la difesa sociale contro il delicto sarà molto più efficace, perché si eserciterá — in forme appropriate — anche difronte ai delinquenti, che per essere pazzi o nevropatici o comunque anormali (e quindi ritenuti “moralmente irresponsabili”) non son per questo meno pericolosi (La Scuola positiva, 1921, p. 9)” A respeito da periculosidade como criterio determinante da responsabilidade penal, optima é a monographia do professor madrileno de Asua, **El estado perligroso**, Madrid, 1922. Entre os italianos, devem ser lidos : — Grispigni, **La periculosità criminale**, Milão 1920 ; e Ferri, **Principii**, § 57 e seguintes.

1) **Die Strafrechtliche Zurechnungsfachigkeit**, na **Zeitschrift f. ges. Strafrw.**, XVII, 70 ; **Lehrbuch**, § 37.

Esta teoria, cuja paternidade os italianos reivindicam para Poletti, tem encontrado larga acceitação entre os criminalistas da Allemanha ; ¹⁾ e até fóra desse país não poucos escriptores a seguem. ²⁾ Entre nós, abraçou-a Galdino Siqueira. ³⁾

Argúe-se-lhe o defeito de levar á negação da propria idéa da imputabilidade. Os delinquentes mais perigosos (os profissionaes, os incorrigiveis) são anormaes. Não têm, por conseguinte, imputabilidade : — não pódem ser punidos. Além disso, a normalidade é uma das cousas mais enygmaticas do mundo, como confessou o mesmo v. Liszt, na reunião da U. I. de Direito Penal, em Lisbôa (1897). ⁴⁾

Com essa teoria tem a mais estreita afinidade a de Tarde. Para este eminente sociologo francês a imputabilidade tem como condições indispensaveis a identidade pessoal do delinquente comsigo mesmo antes e depois do crime e a sua semelhança social com os individuos com os quaes vive e pelos quez ha de ser punido. Faltando uma destas identidades, desaparece a imputabilidade e consequente responsabilidade criminal.

Como a anterior, esta teoria arrasta ao absurdo de se negar a imputabilidade aos maiores criminosos. Estes são dissimilhantes da massa das pessoas com as quaes vivem na sociedade. ⁵⁾

A teoria da intimidabilidade (Impallomeni, Alimena e poucos mais) descobre o fundamento da imputabilidade no facto de ser o homem capaz de sentir a coacção psychologica que o Estado exercita mediante a pena. Por ser susceptivel de intimidacção, é o homem imputavel.

1) Frank, *ob. cit.*, § 51 ; Lilienthal, *Grundriss*, § 19 ; Liepmann, *Einleitung*, 105 ; Gerland, *Grundfragen d. Strafr.*, 33 ; e outros.

2) Entre elles, Prins, *Science pénale et droit positif*, ns. 285 e 286.

3) Projecto de codigo penal, artigo 13, 2. Tambem no projecto Sá Pereira se adoptou essa teoria (artigo 29). Nem o contra-projecto de v. Liszt o fez.

4) *Mitteilungen*, II, 471.

5) Vidal, *Cours de droit crim.*, n. 118 ; Hamon. *Determinismo e responsabilidade*, p. 158 e seguintes.

A incongruência dessa teoria tem sido plenamente demonstrada. Todos os criminosos revelam, com o acto que praticam, a inefficácia intimidativa da pena. Em rigor, pois, devem ser considerados inimputáveis. Ainda mais: — tornar a idéa da imputabilidade dependente dos efeitos da pena é uma verdadeira inversão de princípios básicos do direito penal.

Como simples curiosidade, lembraremos ainda a teoria que estriba essa idéa no conceito que della fórma o povo. Este acredita na liberdade humana; e porisso, deante de um individuo physiologicamente normal (tomada a normalidade como mero symptoma), que haja commettido um facto criminoso, não tem duvida em imputar-lhe a respectiva responsabilidade. Essa crença popular é fundamento sufficiente da imputabilidade criminal. Saleilles, em seu admiravel livro *L'individualisation de la peine*, expõe e sustenta esta singular maneira de solucionar a controversia. Estranha e anti-científica, pondera com razão um escriptor italiano, é a pretensão de erigir uma doutrina sobre um prejuizo popular. 1).

Como se conclue do expendido, o problema da imputabilidade criminal é ainda campo aberto ás maiores divergencias. O direito positivo dos povos, emquanto a sciencia se empenha em infindaveis discussões, o resolve empiricamente: — todo homem de espirito desenvolvido e são, capaz de agir voluntariamente, é imputavel. E, como tal, a lei penal o responsabiliza pelos crimes praticados.

As legislações em geral não estabelecem a imputabilidade como condição positiva da punibilidade. Como a imputabilidade é o estado *commum* do homem, ellas preferem indicar as circumstancias que a excluem. Veremos, no proseguimento destes commentarios, quaes estas são, segundo o *systema* de nosso codigo.

A imputabilidade não tem graus: — existe ou não existe — *non datur tertium sive medium inter duo contradictoria*. Entretanto, frequentemente se falla em imputabilidade di-

1) Florian, *ob. cit.*, 177.

minuida ou restricta. A expressão pecca por inexactidão. O que com ella se pretende significar é a idéa de uma culpabilidade minorada ou attenuada. 1). Não adoptou o nosso código o instituto da chamada imputabilidade diminuida ou restricta. Sobre o assumpto leia-se a parte final do commentario ao paragrapho 4.º do artigo 27.

Dissemos que a imputabilidade era a capacidade para a culpa (em sentido amplo). Muitas são as definições que desta nos fornecem os escriptores. Destacaremos a de Kohlrauch, que nos parece das mais perfectas: — “Culpa, no sentido do direito punitivo, é aquella relação subjectiva em que um individuo capaz de imputação se deve ter achado com o facto que praticou para por elle poder ser criminalmente responsavel”. 2). A sciencia e o direito positivo dos povos cultos distinguem duas modalidades da culpa — o dolo e a culpa, em sentido estricto (negligencia, imprudencia, etc.) 3). E’ um postulado do direito penal moderno que sem culpa não deve haver punição. Todas as legislações, entretanto, contêm excepções a essa regra, como reminiscencia de antigos tempos. A nossa não se livrou dessa macula.

II. — O dolo é caracterizado, no artigo de que nos occupamos, como intensão criminosa. Assim o conceituaram muitos criminalistas; 4) mas a palavra “intenção”, significando a direcção da vontade a um determinado resultado, como fim da acção, é demasiadamente estreita para traduzir a idéa que o legislador teve em mente.

Como as legislações criminaes em geral, a nossa revela o maior descaso em materia de technica legislativa. O

1) *Beling, Methodik der Gesetzgebung*, p. 139.

2) *Irrthum und Schuldbegriff*, 1.

3) Dois notaveis criminalistas de nosso tempo — Loeffler e Miricka — pleitêam a idéa de uma tripartição: — dolo (intenção), sciencia e culpa (s. s.). Esta innovação foi introduzida no projecto checo-eslovaco. A exposição e a critica dessa teoria foram bem feitas por v. Hippel na *Vergleichende Darstellung*, p. g., III, p. 356 e seguintes.

4) Carmignani, *Elementi*, p. 50; Carrara, *Programma*, p. g., § 69; Vidal, *ob. cit.*, n. 122; etc.

mesmo conceito é expresso por termos diferentes. Isto se verifica com o do dolo. Para significá-lo usa o legislador patrio de : — maliciosamente (artigo 189), scientemente (artigo 209, 2.º; 253), com conhecimento de causa (artigo 299), voluntariamente (artigos 219, § 2.º; 301, par. un.), dolosamente (artigos 209, 4.º; 219, 3.º; 241; 264), com vontade criminosa (artigo 160, § 3.º), etc. A fixidez e a simplicidade são predicados que recommendam a linguagem jurídica. A variedade das expressões, no texto das leis, só pôde causar perturbações e duvidas.

Innumeras são as definições de dolo que encontramos nos tratados de direito criminal e nas monographias a respeito. Tomemos uma dellas. Seja a de Manzini : “Dolo é a vontade consciente de causar um facto, positivo ou negativo, contrario ao legitimo interesse de outrem”. 1). Esta e outras definições, mais ou menos parecidas, fazem consistir a essencia do dolo em uma manifestação da vontade. Os positivistas (Ferri e outros) negam que a vontade seja o elemento essencial do dolo. Para elles, a intenção, inseparavel do motivo determinante, é que constitue esse elemento. Florian, com-quanto positivista, se afasta do eminente chefe de sua escola neste particular. Para elle, “a vontade é o momento fundamental, necessario e sufficiente, do dolo”.

Outro conteúdo attribuem a este os sectarios da teoria da representação. Frank, que, pôde-se dizer, foi quem a creou, definiu primeiramente o dolo como “a previsão (a consciencia) do resultado de uma acção, ligada ao conhecimento das circumstancias que tornam esta ultima punivel”. 2). Mais tarde, em seus optimos commentarios ao codigo penal de seu país, foi mais explicito, dizendo : — “Dolo é o conhecimento (representação), que acompanha a actividade da vontade, das circumstancias de facto pertinentes ao conceito legal do crime ou que lhe augmentam a punibilidade”. Esta teoria abraçada por v. Liszt, Lilienthal, Klee e outros, patenteia a sua insustentabilidade na cons-

1) *Trattato di dir. pen.*, II, 15.

2) *Zeitschrift f. die gesamm. Strafwr.*, X, 168.

tracção do dolo eventual. Tanto Frank como v. Liszt reconhecem que, em tal caso, a simples representação não é bastante : — faz-se mistér tambem que o resultado possível seja querido ou approved. Assim sendo, volta o elemento da vontade a desempenhar o papel predominante e decisivo. Essa teoria, além disso, alarga excessivamente a noção do dolo, fazendo-a abranger a culpa consciente. A divergencia entre as duas teorias — a da vontade e a da representação — está hoje considerada como puramente termonologica ; carece de valor pratico. ¹⁾

Para que se reconheça a existencia do dolo, é necessario que se tenham representado ao espirito do agente as circumstancias essenciaes do facto, inclusive do resultado a produzir. O que não é representado não póde ser querido. Só ás circumstancias que formam a face objectiva do crime deve referir-se a representação. Desse numero estão excluidas aquellas circumstancias das quaes depende a applicação ou efficacia da lei penal (no ponto de vista do tempo, do espaço e das pessoas), as que, constituindo condições de punibilidade ou de exacerbação desta, não são, entretanto, elementos integrantes do conceito legal do crime, e as que formam apenas requisito processual. Circumstancias objectivas, cuja representação é necessaria, são aquelles direitos, relações ou institutos juridicos que se fundam em dominios estranhos ao direito penal. Se o agente as ignora, não existe dolo. O erro de facto (e nesta categoria se inscreve tambem o que diz respeito a disposições juridicas alheias ao direito criminal) exclue o dolo. Exceptua-se a hypothese de consistir esse erro na substituição de um objecto passivo idoneo por outro da mesma natureza e importancia (*error in persona, in objecto*). O de direito (criminal) em nada influe. Se o agente acredita occorrer uma circum-

1) Sobre essa teoria, especialmente, v. Hippel, *Die Grenze v. Vorsatz und Fahrlaessigkeit*, p. 111. E mais : Liepmann, *Einleitung*, p. 139 ; Kohlrauch in Aschrott — v. Liszt, *Reform*, I, 189 ; o O. Berg, *Der gegenw. Stand der Schuldlehre*, p. 11.

2) Meyer-Allfeld, *ob. cit.*, § 25, II, 1 ; Binding, *Lehrbuch*, I, 32, 35 ; Frank, *ob. cit.*, § 59, II, 2.

stancia de facto que dirime ou diminua a punibilidade de seu acto, deve-se admittir essa “crença” que lhe é favoravel.

Questão grandemente controvertida entre os escriptores allemães é a de saber se para a existencia do dolo se faz mister a consciencia da illegalidade do acto. ¹⁾ Para nós essa disputa só tem interesse teórico. *De lege lata*, ella está resolvida em sentido negativo (Codigo Penal, art. 26, letra a).

O delicto putativo, isto é, o facto licito que um individuo pratica na supposição erronea de que se trata de um crime (*ex. gratia*, um incesto) não prejudica ao autor. Cumpre, porém, não confundir este caso com o da tentativa inidonea ou impossivel. ²⁾

O dolo, considerado em si mesmo, é unico. Costuma-se, todavia, dividil-o, attendendo-se aos diversos processos de que a vontade se origina, á maior ou menor clareza da representação e á maior ou menor certeza ou probabilidade do resultado. No primeiro ponto de vista, elle se distingue em premeditado e repentino. Aquelle presuppõe uma reflexão mais ou menos demorada, certa tranquillidade de espirito; este, ao contrario, nasce, como o seu nome indica, de um momento para outro, sem que o agente tenha tempo de apreciar, com alguma calma, os motivos favoraveis ou infensos á resolução criminosa. O dolo repentino ou de impeto surge em geral durante uma agitação, mais ou menos violenta, dos sentidos. Mas póde tambem ser filho da indifferença ou insensibilidade do delinquente. Isto mostra que é erro reputal-o sempre (como faz o codigo austriaco) circumstancia attenuante da responsabilidade. A distincção entre dolo premeditado e repentino só tem importancia para a graduação da pena.

Quanto á relação da vontade com o resultado, o dolo se divide em determinado e indeterminado (menos determinado, no dizer de Schuetze). Este ultimo se subdivide em alternativo e eventual. Verifica-se o dolo alternativo,

1) v. Liszt, *ob. cit.*, § 41; Frank, *ob. cit.*, § 59, III.

2) Baumgarten, *Versuch d. Verb.*, 359.

quando ao espirito do agente se apresentam varios resultados, que reciprocamente se excluem, mas o mesmo agente approva todos elles, como servindo ao fim que teve em mira. Exemplificando : — o individuo que, por odio, vingança ou outro motivo perverso, desfecha em outrem um ou varios tiros de revolver, com vontade de feril-o ou matal-o, indifferentemente, pratica o crime com essa especie de dolo. Discutem os criminalistas como se deve fixar, em semelhante caso, a responsabilidade do delinquente. Querem alguns que elle seja responsavel tão somente pelo resultado produzido — *dolus indeterminatus determinatur ab eventu*. Outros, que responda pelo resultado mais grave, se este se verifica, ou por tentativa desse resultado, no caso negativo. Já no commentario ao artigo 13 externámos a nossa opinião a respeito.

Dá-se o dolo eventual, quando o agente pratica o acto, tendo em mente certo effeito, mas sabe que, concomitantemente com este ou em vez deste, outro pôde surgir, e o approva. Se o agente acredita poder evitar ou afastar esse novo effeito, se espera que elle se não realize, não haverá dolo. Existirá quando muito culpa (*sensu stricto*). Para não poucos criminalistas todo o dominio do previsto como possivel pertence ao dolo. ¹⁾ Alimena distingue, consoante o grau de probabilidade : — é doloso o resultado mais provavel, igualmente provavel ou menos que provavel. ²⁾ Na doutrina allemã, hoje espalhada por outros países, a existencia do dolo, na hypothese do resultado possivel, depende da eventual acquiescencia do agente. Varias têm sido as formulas imaginadas para traduzir essa condição. Nos pro-

1) Os italianos em geral dão ao conceito do dolo essa pasmosa amplitude. Vão além dos defensores allemães da moderna teoria da representação. A reacção contra essa demasia já se vae operando. A respeito, alem de v. Hippel, *Vergl. Darst.*, p. g., III, 442, a monographia recentissima de F. Schaffstein, **Die Behandlung der Schuldarten im ausl. Strafrecht seit 1908** (Breslau, 1928), p. 5 e seguintes.

2) Procedente é a observação de J. Anton Oneca : “nos parece que ni la situacion de ánimo del delinquente, ni los medios de que dispone el juzgador, son los mas propios para poder hacer este cálculo de probabilidades con alguna exatitud”. (**Derecho penal**, p. 106).

jectos polacos se declara que existe dolo “quando o autor não se abstém de praticar o facto pela possibilidade da realização do resultada”; e culpa, “quando elle espera que esse resultado se não realiza”. E’ a formula patrocinada por Beling, na Allemanha, Grispigni e Bonucci, na Italia, e Levenbergen, na Hollanda. O projecto sueco (1916) e os dinamarqueses (1917 e 1928) reconhecem a existencia do dolo, se o autor prevê o resultado delictuoso como meramente possivel, mas não deixaria de praticar o acto, embora esse resultado lhe apparecesse como seguro. E’ a celebre formula de Frank. Encontramol-a tambem no projecto cubano (1926, artigo 6). Os projectos austriacos e allemães caracterizam o dolo (eventual) pelo elemento da approvação ou conformidade do autor. Esse exemplo foi seguido pelo yugo-eslavo e pelo grego (art. 12).

Como no dolo alternativo, no eventual deve o agente ser responsabilizado pelo resultado mais grave ou por tentativa desse resultado.

A idéa do dolo eventual é geralmente admittida na Allemanha, Hollanda, Austria, Noruega, Russia e na Suissa. ¹⁾ Se nos países de raça latina ella não tem sido convenientemente estudada e applicada, a razão está na pouca attenção que se tem prestado á noção do dolo e na pernicioso influencia do chamado dolo indirecto. Na jurisprudencia patria o assumpto ainda não despertou o merecido interesse. Confunde-se a miudo o dolo indeterminado com o *dolus generalis*, consistente na vontade generica de fazer mal (a *intention de nuire* dos francêses), dentro da qual os possiveis resultados se não differenciam — fórmula de dolo que a sciencia repelle, porque é um absurdo agir *in genere*. ²⁾

1) Esta idéa não é uma superfluidade. Muito bem diz Schwartz : — “O dolo eventual, para me servir de uma comparação, é tão indispensavel, como complemento do directo, como a **actio Publiciana**, no direito romano, o foi da **rei vindicatio**”. Hafter **Schw. Strafr.**, § 24, escreve: — “... o direito não pôde prescindir absolutamente dessa especie de dolo”.

2) Alguns criminalistas entendem debaixo da denominação de **dolus generalis** o caso em que o individuo pratica um crime e, acreditando, erroneamente, que o resultado desejado se verificou, põe em execução

Os criminalistas da idade media, apoiando-se em uma doutrina do direito canonico, distinguiram o dolo em directo e indirecto. Este se verificava, quando o agente, praticando uma acção illicita, era causa de um resultado mais grave. Vigorou durante longe tempo, mercê da extraordinaria autoridade de Carpzow, o principio, desenvolvido pelos praticos italianos : — “*dans operam rei illicitae tenetur de omni eo, quod sequitur praeter illius intentionem et voluntatem*”. Até as consequencias simplesmente occasionaes ou fortuitas do facto illicito (*exercitium rei illicitae*) eram comprehendidas na *intentio indirecta*. Esta doutrina soffreu profunda modificação nos escriptos de Boehmer e na famosa dissertação de Nettelblatt-Glaentzer. Desde então se começou a exigir, como elemento do dolo indirecto, que o agente devesse e pudesse ter conhecimento ou previsão do resultado do facto. Ao findar o seculo XVIII, era essa a teoria mais adeantada. Depois de Feuerbach, o dolo indirecto foi perdendo terreno, acabando por se ver banido dos dominios da sciencia nos países em que os estudos do assumpto maiores progressos já alcançaram. A literatura franceza e a italiana não se desenvencilharam ainda da anachronica idéa do dolo indirecto. Em quasi todas as legislações se nos deparam vestigios, mais ou menos claros, desse dolo. Os italianos chrismaram-no com o nome de *preterintenzionalità*.

A responsabilidade pelo resultado, sem attenção á culpa (*lato sensu*), que encontramos na quasi unanimidade dos codigos penaes, é um resto do velho principio — *versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*. 1).

outro acto, que é o que, na realidade, produz aquelle resultado. Exemplificando : — A. desfecha um tiro em B., Este, apavorado, perde os sentidos e cae por terra. A., suppondo-o attingido pelo tiro e morto, atira-o a um rio, onde o mesmo perece, afogado. Esse dolo, pura creação da teoria, jamais existiu, nem póde existir. Ha em tal caso uma tentativa em possível concorrência com um delicto culposo. A respeito : — Geyer, **Klein-Schriften**, 108 ; v. Bar, **Gesetz und Schuld**, II, 358.

1) Sobre o desenvolvimento hoistorico do dolo indirecto, optimamente, Loeffler, **Die Schuldformen d. Strafrechts**, Leipzig, 1895, E, mais recentemente, Hemmen, **Ueber den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus**, Breslau, 1909, § 7.

Em nosso país, a morte resultante de lesões corporaes voluntarias é sempre reprimida como homicidio, muito embora o autor não tenha tido senão o *animus vulnerandi*. As consequencias indicadas no artigo 304 aumentam consideravelmente a penalidade do crime de lesões corporaes, sem dependencia do elemento subjectivo. 1). Outros exemplos podiam ser lembrados. O paragrapho 1.º do artigo 42 enumera como attenuante a circumstancia de ser o crime praticado com dolo indirecto.

As distincções entre dolo antecedente e subsequente, simples e composto ou multiplo, provado e presumido, assim como outras, tão caras aos antigos criminalistas, são havidas actualmente como desprovidas de valor. A propria distincção entre dolo determinado e indeterminado em rigor não deve ser mantida.

1) Não ha quem medianamente versado nestes assumptos, desconheça a vigorosa e brilhante campanha que, ha varios decennios, se tem movido, no intuito de arrancar dos codigos penaes o escalracho da responsabilidade pelo resultado, independentemente de culpa (s. lato). Essa reponsabilidade apparece sob uma de duas fórmias : — nos delictos qualificados pelo resultado ou nos commetidos com o engulhoso dolo indirecto. Birkmeyer asseverou que uma das tarefas mais importantes da sciencia e da legislação era banir do direito criminal os derradeiros vestigios dessa responsabilidade. Disse v. Liszt, em uma das paginas de seu magnifico **Tratado**, que ella já não correspondia á consciencia juridica de nossa era, nem a uma razoavel politica criminal (§ 36, III, 3). Longe iriamos se quizessemos lembrar quantos se têm manifestado contra “o joio da responsabilidade sem culpa”. Os codigos e projectos mais perfeitos vão consagrando, na parte geral ou na especial, o principio, adoptado pela U. I. de Direito Penal na assembléa geral de S. Petersburgo (1902), de que o delinquento só responde pelas consequencias dos actos praticados quando previstas ou previsiveis.

Em nosso país os projectos de reforma se mostram cegamente alheios ao progresso que a respeito se opera nas legislações. Nelles se nos depara o mesmo defeito do codigo vigente : — os resultados que qualificam as lesões corporaes de graves, independem de culpabilidade do agente. O artigo 202 do projecto Sá Pereira assim dispõe : — “A’quelle que causou a morte, que não queria, nem podia prever como consequencia dos seus actos, tendentes apenas a produzir lesão corporal, descontar-se-á por um terço a pena do homicidio”. E’ a responsabilidade pelo caso fortuito em sua maior nudez e repugnancia.

E' perfeitamente concebível a concorrência de varios dolos determinados, de um dolo dessa natureza com outro, indeterminado (alternativo ou eventual) e do dolo com a culpa (*stricto sensu*). Imperdoavel erro é, porém, ver neste derradeiro caso, em vez do concurso de duas fórmulas da culpabilidade, uma figura especial do dolo (como fez Feuerbach).

Alguns crimes exigem, como elemento constitutivo, certo fim ou determinado motivo (proximo). Estão nesta classe, exemplificando, os dos artigos 100 e 207. Deve o dolo abranger esse elemento.

Com referencia á prova do dolo, nos limitaremos a dizer que ella se faz segundo as regras communs do processo criminal. A confissão (quando não haja razões para suspeitar de sua sinceridade) e a objectividade do facto praticado permitem ao juiz adquirir a necessaria convicção a respeito. Certos factos não admittem senão uma intelligencia. *In re ipsa* está a prova desejada. ¹⁾

III. — A culpa, em accepção restricta, é expressa no artigo que analysamos pelas palavras "negligencia, imprudencia ou impericia". Esqueceu-se o legislador patrio de mencionar a "inobservancia de alguma disposição regulamentar", que depois havia de apparecer nos artigos 297 e 306.

O codigo de 1830 punia a culpa apenas em dois casos (artigos 125 e 153). A lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, creou as figuras do homicidio e dos ferimentos culposos. Presentemente bem mais extensa é a lista dos delictos dessa natureza (Codigo Penal, artigos 148, 151, 156, § 1.º, 160 e 302).

As legislações em sua grande maioria só reprimem a culpa em determinados casos. Exceptuam-se a espanhola e as de alguns países americanos que contém uma incriminação generica (Codigo mexicano, arts. 11, 12, 14, 16, 199

1) A respeito : — Osenbrueggen, *Abhandlungen*, p. 155 ; Haus, *Principes généraux*, 316. O direito canonico presume o dolo : — "Posita externa legis violatione, dolus in foro externo praesumitur, donec contrarium probetur" (C. 2200, § 2).

e 200 ; chileno, artigo 490 ; paraguay, arts. 24 e 30 ; guatemalense, 437, etc). Era esse o systema do codigo bavaro de 1813, fundado na idéa feurbachiana de uma geral *obligatio ad diligentiam*. Que as legislações de nosso tempo só castiguem a culpa em reduzido numero de casos. é cousa que se explica e justifica plenamente. A conveniencia lou necessidade dessa punição não se faz sentir tão intensamente como quando se trata de dolo. O sentimento natural que o facto meramente culposo desperta em quem o pratica e a indemnização das perdas e interesses constituem muitas vezes meios sufficientes de reacção e de defesa. A estas razões se pôde ajuntar, como faz v. Hamel, a do tardio e lento desenvolvimento historico da idéa da culpa. ¹⁾.

Do confronto entre os varios codigos em vigor se chega á conclusão de que elles punem a culpa nas contravenções em geral, em alguns crimes de maior gravidade (como os de perigo commum ou contra a vida) e nas infracções de deveres juridicos especiaes, sobretudo por parte de funcionarios publicos. A tendencia não parece ser para a multiplicação dos delictos dessa especie.

IV. — E' axioma do direito penal moderno que ninguém deve ser responsabilizado por facto que não seja voluntario. Reveste-se desta qualidade o facto culposo? E' esta a questão mais séria no dominio da teoria da culpa (s. s.). Os positivistas italianos negam terminantemente a voluntariedade dos delictos culposos. Para elles, só o principio da responsabilidade social explica satisfactoriamente a punição de taes delictos.

Na literatura dos mais diversos países continúa vencedora a idéa de que a culpa se prende a um vicio da vontade. Em França, conforme nol-o attesta Vidal, a doutrina dominante considera a culpa como — “un vice ou un effet de la volonté, qui consiste dans l'omission volontaire de la diligence et de l'attention necessaires et á avoir voulu un fait sans en prevoir les consequences cependant prevoyables : l'acte est volontaire dans la cause, involontaire dans ses ef-

1) *Inleiding tot de Studie v. het Ned. Srtafr.*, § 35.

fets". 1). A despeito dos vehementes e reiterados ataques que lhe têm sido dirigidos, é também essa teoria a que prevalece na Italia. Outras, como a da causalidade voluntaria e do meio antijuridico, para lembrar duas apenas, não conseguiram sobrepujal-a. Na Allemanha 2), na Austria 3) e na Espanha 4) a *communis opinio* é no sentido da voluntariedade da culpa. Os nossos criminalistas vão pelo mesmo caminho. Elles conceituam a culpa como a falta de previsão de um resultado que podia e devia ser previsto, por um defeito da vontade. 5). Se nos artigos 297 e 306 de nosso codigo, a exemplo do francês, se falla em "causa involuntaria", jamais se duvidou do genuino sentido dessa phrase. O que com ella o legislador patrio pretendeu significar foi a involuntariedade do effeito.

A culpa confina, por um lado, com o dolo (eventual), e, por outro, com o caso fortuito. Quanto á linha que a extrema do primeiro, variam as opiniões. Os italianos consideram todo o previsto como doloso. Os allemães distinguem: — se o agente prevê o resultado, mas acredita que elle não se realizará, procede culposamente (culpa consciente); se, prevendo-o, o approva ou nelle acquiesce, procede dolosamente (dolo eventual). Para elles, a culpa consciente é o limite mais elevado da culpa; e o dolo eventual o mais baixo do dolo. Não ha entre uma e outro terreno neutro ou de ninguém. 6).

Os criminalistas franceses não estão de accôrdo na acceitação da culpa consciente (*faute avec prévoyance*). Os

1) **Ob. cit.**, 188.

2) **Exner, Das Wesen der Fahrlaessigkeit.**, p. 58.

3) **Lammasch-Rittler, Grundriss**, 108.

4) **Cuello Calón, Derecho penal**, p. 224.

5) **F. Bastos, Lições**, I, 61; **Viveiros de Castro, Jurisprudencia criminal**, p. 137; **L. Drummond, Lições.**, 62; **Adherbal de Carvalho, Prelecções**, 68; **Galino Siqueira, Exposição de motivos**, p. 50; etc.

6) Não ha realmente entre as duas fórmulas da culpabilidade um espaço intermedio. Perante o nosso codigo, a pena mais branda do homicidio doloso é de seis annos de prisão; a pena mais rigorosa do homicidio culposo é de dois annos de prisão. Não se explica racionalmente esse salto de uma para outra pena.

belgas a admittem e nitidamente a delimitam. Os nossos só têm tratado do assumpto muito pela rama. O traço discriminatorio entre a culpa e o caso fortuito (acaso) é constituido pela possibilidade ou impossibilidade de ser o resultado nocivo previsto e impedido. E' a teoria tradicional.

Qual o criterio para se determinar que o agente devia prevêr e podia evitar o resultado nocivo?

Antigamente, era costume dividir a culpa em lata, leve e levissima. A primeira se dava, quando o evento danoso poderia ter sido previsto e evitado por toda gente ; a segunda, quando isso não era possivel senão a pessoas attentas e diligentes ; e a ultima, quando a previsão exigia uma attenção extraordinaria e um cuidado excepcional. Esta graduação abstracta da culpa, de origem romana e civilistica, introduzida na esphera do direito criminal pela jurisprudencia italiana da idade media, está hoje abandonada.

Não se acham, porém, de accôrdo os criminalistas sobre o criterio a adoptar para a fixação da culpa. Pensam uns que esse criterio deve ser exclusivamente objectivo ou generico. Para elles, quem não emprega a diligencia de um homem modelo (*abstrakt: Mustermann*, diz v. Buri) incorre em culpa. Opinam outros que esse criterio deve ser somente subjectivo ou individualistico : — a capacidade do agente constitue a circumstancia determinante da existencia da culpa. Estes dois criterios podem ser combinados, cumulativa ou alternativamente. ¹⁾ O objectivo, isoladamente, ou em combinação alternativa com o subjectivo, permite a punição do agente por consequencias imprevisiveis e inevitaveis. Isto está em antagonismo com a propria noção da culpa.

A unica solução acertada e justa é a da combinação cumulativa. Deante de um facto danoso, que não haja sido praticado dolosamente, para se averiguar a responsa-

1) Exner, *ob. cit.*, p. 180. Dos projectos de reforma adoptam o criterio objectivo o de Ferri, os suecos e o checo-eslovaco. Preferem a combinação cumulativa dos dois criterios ("possam e devam impedir") os allemães, austriacos e o dinamarquês (Torp, 1917). Pela combinação alternativa se pronunciam os polacos e da yugo-eslavia. Era este o systema do codigo russo, de 1903, e do bulgaro, de 1906.

bilidade criminal do respectivo autor, a primeira indagação deve consistir em procurar saber se um homem de mediana capacidade, de commum cuidado e attenção poderia prever e evitar o alludido resultado. Obtida resposta affirmativa, cumpre verificar se o agente, pelas suas condições pessoaes (idade, desenvolvimento intellectual, etc.) poderia, como esse homem typo, prever e evitar o mesmo resultado. *Ultra posse nemo tenetur.*

O aproveitamento dos dois criterios representa, scientifica e praticamente, a solução mais acertada. Abraçama a jurisprudencia francesa, a belga, a italiana e a allemã, para só citar as principaes.

Um problema assás interessante, em materia de culpa, é o de saber se e quando a causa mediata ou indirecta deve ser punida como a immediata ou directa. Carrara escreveu : — “A imputabilidade da culpa procede tanto em relação ao homem que foi causa immediata como em relação ao que foi causa mediata da infracção, desde que, nos seus actos, respectivamente, concorram o elemento moral derivado da previsibilidade e o physico resultante da efficacia positiva dos mesmos actos. Não varia a imputabilidade por ser a causa mediata ou immediata. Decide sempre o criterio da previsibilidade. Nem a responsabilidade penal de uma exclue a de outra”. 1). No mesmo sentido se manifestam, entre os italianos, Alimena, 2) Impallomeni 3) e outros. Garraud é tambem de identica opinião ; 4) mas Vidal parece mais rigoroso, contentando-se com a causalidade material (*causa causae est causa causati*) para reconhecer a responsabilidade do autor mediato. Elle approva o aresto da Côte de Cassação de Roma (2. V. 1891) no famoso caso do guarda-freios Carlos David e do coronel L. Pianè. 5). Dos escriptores allemães lembraremos apenas um, v. Schaper. Diz elle que o factio de se realizarem as consequencias do

1) **Programma**, p. g., § 267.

2) **Modificatori**, I, 473.

3) **Istituzioni**, 259.

4) **Ob. cit.**, I, 283.

5) **Ob. cit.**, n. 134.

crime culposos mediata ou immediatamente é coisa que, em si mesma, não tem importância. Que a distincção entre culpa mediata e immediata é inexequível e também, no ponto de vista dos principios, sem relevancia. Que o nexos causal, porém, não deve ser interrompido por novas forças, por causas incidentes, cuja intervenção não tenha podido ser prevista, pois pelos efeitos das causas intervenientes, imprevisíveis, não é licito responsabilizar o autor. 1).

Nosso código, nos artigos 297 e 306, faz referencia expressa á causa indirecta, equiparando-a á directa. Escrevendo sobre o homicidio involuntario, disse muito bem Viveiros de Castro: — “É de toda justiça responsabilizar e punir a quem por falta de previdencia ou falta de precaução foi causa indirecta do facto nocivo”. 2).

Na phrase “por falta de previdencia ou precaução” está o ponto essencial da solução. Para a responsabilidade do autor mediato não basta a causalidade objectiva: — é mister a culpa, consistente na falta de previdencia.

Outra questão em que os criminalistas não estão de accordo é a concernente á compensação da culpa. Quando o resultado danoso deriva não só de imprudencia do autor senão também de imprudencia da victima, compensam-se as culpas? Diminue a responsabilidade de uma parte á medida que aumenta a da outra? Os escriptores e tribunaes franceses sempre se mostraram contrarios á compensação. O mesmo não se deu com os criminalistas italianos. Nicolini, Carrara, Masini e outros admittiram-na. Mas a compensabilidade é combatida pela grande maioria delles (Mosca, Stoppato, Impallomeni, etc.). Nesse numero se acha Tosti, que condensa neste periodo toda a sua condemnação a esse teoria: — “Chi discorre ancora ai nostri giorni di compensazione in materia penale mostra, senza avvedersene d'avere un concetto del tutto primitivo del diritto di punire, non rispondente all'attuale progresso della scienza

1) No **Handbuch** de v. Holtzendorff, II, 181

2) **Questões de direito penal**, p. 41.

del giure". 1). Numerosos são os arestos dos tribunaes desse país em repulsa á compensação da culpa. 2). Na jurisprudencia brasileira não conhecemos decisão alguma sobre o assumpto. A nosso ver, é absurdo fallar, em materia criminal, de semelhante compensação.

Em nosso codigo, como em outras legislações, a culpa é designada, casuisticamente, pelas expressões "negligencia, imprudencia ou impericia". 3). Como já notámos, nos artigos 297 e 306 tambem se considera culposo o factio commettido "por inobservancia de alguma disposição regulamentar". A este adjectivo se deve dar interpretação extensiva. Com maior propriedade se diria — "disposição legal". Aliás a doutrina é censuravel. Na inobservancia de uma disposição regulamentar ou legal póde haver culpa ; mas isso nem sempre acontecerá. O preceito transporta para o dominio da culpa o abominavel principio do *versari in re illicita*. 4).

Como o dolo, a culpa não se presume. 5), 6).

1) **La colpa penale**, p. 228.

2) E. de Guyanga, **Concorso di piu persone nei delitti colposi**, n. 555 e seguintes.

3) Em poucas linhas, explica Alimena o que significam estes diversos termos : — "L'imperizia ora é materiale ora é morale, riferendosi all'ignoranza dell'agente ; l'imprudenza si ha quando si commette ciò che si sarebbe potuto evitare, se l'agente fosse stato previdente ; l'inattenzione e la negligenza consistono nell'omettere o nel dimenticare una cautela, comandata dalla prudenza ; l'inosservanza di regolamenti si ha quando la culpa derivi dall'agire in contradizione d'un regolamento generale o speciale (**Ob. cit.**, I, p. 467)". O methodo casuistico, em um codigo de 1890, como o nosso, não se justifica. E' um deploravel atrazo.

4) v. Hippel, **Vergl. Darstellung**, p. g., III, 571 ; Exner, **Ob. cit.**, 223.

5) Os modernos projectos de codificação penal, em sua maioria, inserem, na primeira parte, as noções do dolo e da culpa. Fal-o tambem o nosso (Sá Pereira). Mas com pouca felicidade. O artigo 35 põe a essencia do dolo na vontade ; considera, porém, como voluntarias as consequencias que o autor prevê como provaveis simplesmente. Ora, estas consequencias podem não ser queridas. A probabilidade, que soffre gradações, sendo ás vezes minima, não exclue a esperança ou a crença, por parte do agente, de que as consequencias previstas não se realizem. O conceito do dolo, como resulta do citado artigo, é excessivamente amplo. Abrange

grande parte da culpa consciente. O artigo 36 define a culpa (negligencia). Serviu de modelo a fórmula suíça, tão elogiada por Exner e já adoptada pelo código peruano. O organizador do projecto fez-lhe alguns accrescimos, que não a melhoraram. Da preterintenção não dá o projecto definição. Mais logico foi o projecto Rocco. A culpa presumida, oriunda da inobservancia de disposições regulamentares, apparece em varios pontos do projecto.

6) A respeito da culpa, em sentido estricto, possui hoje a nossa literatura juridica a desenvolvida monographia de Raul Machado, **A culpa no direito penal**, Rio de Janeiro, 1929.

Art. 25. — A responsabilidade penal é exclusivamente pessoal.

Paragrapho unico. — Nos crimes em que tomarem parte membros de corporação, associação ou sociedade, a responsabilidade penal recahirá sobre cada um dos que participarem do facto criminoso.

I. — Tão sómente o homem póde praticar crimes e por elles responder. Isso dimana das proprias condições da responsabilidade criminal. Esta presuppõe a imputabilidade, que por sua vez não existe sem intelligencia e vontade, predicados da creatura humana.

Nem sempre assim se pensou. Na idade media, até o seculo XVII, admittiram-se processos e penas contra animaes irracionaes. Para isso concorreram varios motivos: — um residuo de conceitos primitivos, superstições religiosas e certos propositos indirectos visados pelos legisladores. Taes aberrações passaram. ¹⁾ Modernamente, só com actos humanos se preoccupa a justiça criminal. E a responsabilidade desses actos pesa unicamente sobre quem os haja praticado.

II. — A Constituição de 24 de fevereiro, repetindo a do imperio (art. 17.º, 20), estatue no paragrapho 19 do artigo 72: — “Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente”. Commentando este dispositivo, escreveu o constitucionalista Milton: — “Toda pena é pessoal, cada um responde pelo que pratica. Eis ahi o que a sciencia ensina, como effeito da evolução do direito moderno; tanto basta para manter a ordem no seio das nações, avivando a consciencia politica de cada um de seus membros e affirmando o principio inatacavel da responsabilidade individual”. ²⁾

1) Berriat-Saint-Prix, **Rapport et recherches sur les procès et jugemens relatifs aux animaux**, Paris, 1829; Geib, **Lehrbuch**, II, 197; Evans, **Criminal prosecution of animals**; Giudice, **I processi e le pene degli animali**; Dr. Cabanés, **Les Indiscrétions de l'Histoire**, 5.ª série, 1.

2) **A Constituição do Brasil**, p. 406.

Outrora a responsabilidade criminal se transmittia aos herdeiros do delinquente. Mas as idéas philosophicas e humanitarias da segunda metade do seculo XVIII deram origem ao novo principio, que é hoje dogma inconcusso do direito punitivo.

III. — A questão de saber se as pessoas moraes ou juridicas podem praticar acções criminosas e por ellas responder tem atravessado diversas phases. Após longo periodo de quietude, que parecia ser definitiva, voltou de novo a ser objecto de porfiadas discussões. Ainda agóra figura ella no programma do segundo congresso de direito penal, a realizar-se, no mês de outubro, em Bucarest (relatores : os professores Pella e Cuello Calón).

O character puramente individualistico da imputabilidade no direito romano não permittia que se estendesse ás pessoas collectivas a responsabilidade penal. Nada obstava, entretanto, a que ás mesmas se applicassem as medidas de natureza preventiva, nomeadamente as multas. Isso se deu, mas já nos tempos da decadencia. Só em sentido improprio e por uma analogia muito fraca se poderiam considerar como penas as providencias de ordem politica ou legislativa que se tomavam com relação a uma “civitas” por certos act os praticados contra o Estado. 1).

O direito canonico admittiu a responsabilidade penal dos entes collectivos (capitulos, conventos, congregações, cidades, municipios). Sob o influxo do direito germanico, a pratica medieval reconheceu que taes entes eram capazes de perpetrar crimes e podiam por causa delles soffrer punição. Essa capacidade foi combatida por Simbaldo dei Fieschi (depois Innocencio IV), que, affirmando ser a *universitas* uma pessoa meramente ideal ou ficticia (*nomen juris*), concluiu que ella não podia praticar acto algum, principalmente illicito : — “*impossibile est quod universitas delinquat*”. Semelhante doutrina, lógica e seductora, não alcançou, entretanto, senão escassas e timidas adhesões. A quasi unanimidade dos canonistas continuou a admittir a

1) Ferrini, II dir. pen. romano, p. 60.

referida capacidade. 1). Foram, porém, os posglosadores que deram á idéa da responsabilidade penal das *universitates* e do delicto corporativo seu maior e mais brilhante desenvolvimento. Os preceitos de Bartolo atravessaram varios seculos como a derradeira palavra da sciencia juridica no assumpto. No direito estatutario italiano e na jurisprudencia francêsa estiveram em pleno vigor os principios da escola bartolina. Só em fins do seculo XVIII e começo do seguinte se operou a reacção que trouxe como resultado a victoria das idéas contrarias, até hoje dominantes. 2). Dentre os escriptores que mais contribuíram para essa transformação merecem especial menção o romanista Savigny e o criminalista Feuerbach. O codigo bavaro (1813), obra deste ultimo, de modo expresso estabeleceu o preceito da não punibilidade das pessoas juridicas (art. 49). 3).

Modernamente, entre outros motivos, pelo dos novos estudos a respeito da natureza dessas pessoas, reaccenderam-se as antigas disputas. Os escriptores que têm tratado do assumpto se dividem em dois grupos.

Os partidarios da doutrina *commun* se baseiam em que a pessoa collectiva não tem vontade propria e, portanto,

1) O moderno direito canonico continúa a admittir a capacidade criminal das **personae morales**. O jesuita Wernz, um dos mais notaveis canonistas de nosso tempo, a justifica, dizendo : — “*Si iurium et obligationes capaces sunt, nihil est cur delictorum et poenarum incapaces dicantur*”. Leia-se a respeito Heimberger, **Die Schuld im Strafrecht des CODEX IURIS CANONICI**, na **Monatsschrift f. Kriminalpsychologie u. Strafrechtsreform**, 1926, p. 17.

2) Em Portugal, Mello Freire ainda ensinava : — *Universitas, si factum illicitum per eos, qui eam representant, committat, pro delinquente habenda, et punienda, cum persona moralis sit, et publicis civitatis legibus, quemadmodum physica, subjecta*”. **Inst. jur. crim. lus.**, liv. un., tit. I, § VIII). Em seu projecto de codigo criminal, o grande jurista consulto reconhecia que os collegios, corporações e sociedades podiam delinquir ; mas só attribua o delicto á universidade, quando todos os representantes della ou a maior parte o commettessem (tit. II, § 8). Em sentido contrario : Sousa Pinto. **Lições de direito criminal**, ed. brasileira, p. 29

3) Além de nosso codigo, contém um dispositivo a respeito o do cântão de Lucerna (§ 34).

não pôde agir. Que só o homem é capaz de querer e de executar a sua vontade. Que, porisso, quando os individuos que compõem uma *universitas*, no interesse desta, resolvem e põem em pratica uma acção criminosa, só elles podem ser chamados a responder perante a justiça punitiva. Que as medidas empregadas ás vezes contra pessoas juridicas não são verdadeiramente penas, no sentido do direito criminal, mas simples providencias de ordem administrativa ou politica. Que a pena imposta aos entes collectivos (corporações) vae reflectir-se em seus socios, culpados ou innocentes, indifferentemente. Que esta justiça summaria repugna até ao senso commum. Que poucas especies de penas poderiam ser applicadas a taes entidades. Estes são os principaes argumentos invocados. ¹⁾

Os escriptores que sustentam a capacidade criminal das pessoas collectivas e a respectiva punibilidade allegam que essa capacidade não é differente da que se reconhece ás mesmas pessoas em outros dominios do direito publico e privado. Que ellas possuem bens juridicos proprios, nos quaes pôde perfeitamente incidir a pena. Que os actos praticados por uma collectividade têm um alcance especial. Que elles podem ser tentados ou executados em uma escala e com uma força que não guardam proporção com o numero dos respectivos membros. Que é incompativel com o sentimento da justiça e com os principios de uma sã politica criminal deixar impune o verdadeiro culpado — a *universitas* — e lançar exclusivamente a responsabilidade sobre quem é o orgam da vontade alheia. Que a historia demonstra de sobra a possibilidde do delicto corporativo e da respectiva punição. ²⁾

1) Waechter, *Vorlesungen*, § 54; v. Bar, *Gesetz und Schuld*, II, 133 e segs.; Zuercher, *Zeitschrift f. schweiz. Strafrecht*, XVI, 311; v. Lilienthal, *Vergl. Darstellung*, p. ger., V, p. 97; Florian, *Parte gen. del dir. pen.*, I, n. 210; Bouvier, *De la responsabilité civ. et pénal des personnes morales*, p. 134 e segs.

2) v. Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, § 28, I, 2 e n. 4; Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur resp. pén.*, p. 275 e segs.

Pela responsabilidade criminal das pessoas jurídicas se pronunciam, na Alemanha, além de Gierke ¹⁾, que “ex-professo” tratou do assumpto, v. Liszt, Dahn ²⁾, Levenkuehn ³⁾ e outros. Merkel entende que a responsabilidade corporativa é perfeitamente concebível, mas que corresponde mais ao fim do direito criminal fazer recahir a pena directamente sobre os individuos, conforme a culpa de cada um. Para o insigne criminalista só motivos de ordem pratica explicam a irresponsabilidade das pessoas collectivas. ⁴⁾ Max E. Mayer acha indubitavel a possibilidade juridica (dentro de certos limites) do delicto corporativo. E considera recommendavel em muitos casos a punição.

A these favoravel á responsabilidade é defendida, na França, por A. Mestre ⁵⁾, na Belgica, por Prins ⁶⁾, na Hollanda, por Simons ⁷⁾, e, na Italia, por Longhi ⁸⁾. Era-o, na Suissa, por Hafter; mas esse illustre criminalista confessa francamente haver mudado de opinião. Alguns escriptores só admittem a alludida responsabilidade relativamente ás contravenções. ⁹⁾

No direito positivo dos povos cultos o principio em vigor é o da irresponsabilidade criminal das pessoas collectivas. Duas legislações — a inglêsa e a norte-americana — constituem excepção a essa regra. Ambas acolhem, com grande amplitude, a idéa contraria. O codigo penal

1) **Das deut. Genossenschaftsrecht**, III, 234 e segs.

2) **Vernunft im Recht**, p. 178.

3) **Archiv**, de Goltdammer, XXVIII, 304.

4) **Lehrbuch**, § 18.

5) **Ob. cit.** Esse monographista aponta varios casos em que o direito francês consagra a responsabilidade de pessoas collectivas.

6) **Science pén. et droit positif**, 120.

7) **Leerbbock**, 129.

8) **La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale**, na **Riv. penale**, 1906, 417; **La legittimitá della resistenza**, p. 171 e segs. No mesmo sentido: Manassero, **Il delitto collettivo**, p. 102; e De Marsico, **Riv. pen.**, XCI, p. 201 e segs. ¶

9) Era a opinião de Trebutien, **Cours élém. de droit pénal**, I, 258, seguida por Jellinek, **Sistema dei diritti pubblici soggetive**, p. 281. Ferri, **Principii**, p. 211, tambem assim entende, segundo parece.

de Nova-York declara que a palavra “person” comprehende tanto a pessoa physica como a moral (*corporation*). O *Criminal justice act 1925* inglês se occupa expressamente da responsabilidade das pessoas moraes. E’ objecto de divergencias nos Estados Unidos e na Inglaterra o saber se taes pessoas podem responder criminalmente por homicidio. A jurisprudencia não tem ousado ir tão longe. ¹⁾.

O paragrapho do artigo que commentamos, copiado do projecto Levy Jordão (artigo 26.º), exclue a responsabilidade collectiva. ²⁾.

De lege ferenda, não nos parecem de grande solidez as razões com que os adeptos da exclusão a sustentam. ³⁾.

1) v. Lilienthal, **ob. cit.**, p. 94 e seguintes. Veja-se mais : **Scuola positiva**, VIII, 83.

2) O dr. J. Hygino, revelando-se favoravel á responsabilidade collectiva, observa que o legislador patrio não foi consequente, pois comminou, no art. 105, a pena de dissolução contra a corporação que commettesse o crime ahi previsto (**Tratado** de v. Liszt, I, p. 192).

Essa pena já era imposta pelo codigo de 1830 (art. 79).

3) Os proprios escriptores contrarios á capacidade penal das pessoas collectivas entendem que estas devem estar sujeitas ás medidas de segurança, em cujo numero incluem a dissolução (Exner, **Die Theorie der Sicherungsmittel**, p. 53). Em nosso país, o dec. n. 4.269, de 17 de janeiro de 1921, que regula a repressão do anarchismo, sujeita as associações, syndicatos e sociedades á suspensão (fechamento temporario) e dissolução, “quando incorram em actos nocivos ao bem publico”. Esta phrase, pela sua extensão, póde dar aso — e tem dado — aos mais revoltantes abusos.

Art. 26. — Não dirimem nem excluem a intenção criminosa :

- a) a ignorancia da lei penal ;
- b) o erro sobre a pessoa ou cousa a que se dirigir o crime ;
- c) o consentimento do offendido, menos nos casos em que a lei só a elle permite a acção criminal.

I. — Havendo estabelecido, no artigo 24, para a existencia do crime, a necessidade do elemento subjectivo do dolo ou culpa, indica o codigo, no artigo que passamos a commentar, tres ordens de factos que não destroem ou excluem o primeiro. Mais uma vez serviu de modelo ao legislador patrio o projecto Levy Jordão (artigo 33), já imitado pelo codigo português (artigo 29).

No ponto de vista tecnico, louvavel é por certo a collocação que foi dada á doutrina do erro. Era a unica acertada. A doutrina do erro é a propria doutrina do dolo em sua face negativa. 1). O mesmo, todavia, não acontece com o consentimento do offendido. Esse consentimento pode excluir ou não o character illegal, a antijuridicidade da acção, mas não se refere ao elemento subjectivo da intenção criminosa (dolo). Outro era o seu lugar.

II. — A ignorancia — a ausencia de toda idéa (representação) relativamente a uma cousa — e o erro — uma idéa falsa a respeito dessa cousa — psicologicamente differentes, são, no terreno do direito, dois estados de espirito que inteiramente se equiparam. O que se diz de um vale em relação ao outro. 2). Porisso os escriptores empregam *promiscue*

1) Frank, *Strafgesetzbuch*, § 59. v.; Kolrausch, *Irrthum und Schuldbeginn*, p. 7 e seguintes.

2) Clovis, *Direito das obrigações*, p. 181, escreve : "... a distincção entre ignorancia e erro, bem que real sob o ponto de vista da teoria dos conhecimentos, não offerece vantagem alguma para o direito, uma vez que os efeitos desses dois estados da consciencia são perfeitamente identicos em relação á vida juridica". O moderno codigo de direito canonico (can. 2202, § 3) declara expressamente : — "Quae de ignorantia statuuntur, valent quoque de inadvertentia et errore".

as duas expressões. Mais frequente, entretanto, é o uso da palavra “erro”. A elle nos ateremos.

O erro pode referir-se a uma norma de direito (direito objectivo) ou a um facto. Dahi a divisão, communmente adoptada, ¹⁾ em erro de direito e erro de facto. Como o dolo consiste em uma vontade consciente, o que suppõe o conhecimento de todas as circumstancias que constituem o conceito legal do crime ou lhe aumentam a punibilidade, o erro concernente a uma ou varias dessas circumstancias o exclue. No artigo supra abre o codigo duas excepções a essa regra. Detenhamo-nos na exposição e exame de cada uma dellas.

Não goza de efficacia dirimente ou excludente da intenção criminosa a ignorancia da lei penal. Dos termos claros do dispositivo se conclue, “a contrario”, que a excepção não abrange as normas juridicas de outra natureza.

Contra esta distincção levantam não poucos escriptores serias objecções. Pouco precisa, ella dá lugar, na pratica, ás maiores difficuldades. Assemelhado ao erro de facto, o de direito, que recae em uma norma extranha á lei penal, exclue o dolo.

Qual o fundamento politico-juridico da irrelevancia do *error juris criminalis*? Dil-o Garraud no seguinte trecho : — “A lei, publicada e promulgada, deve ser applicada a todo individuo, pouco importando que elle a tenha ou não conhecido e que a haja bem ou mal interpretado, porque todo individuo está em condições de conhecê-la e procurar instruir-se a respeito della, sendo culpavel de a ter ignorado. E’ nesse sentido, e sómente nelle, que se deve entender o adagio — *nemo jus ignorare censetur*; adagio que constitue complemento indispensavel de toda legislação penal. A lei deve ser promulgada para se tornar obrigatoria. Um espaço de tempo é deixado áquelles que lhe estão submettidos para que della tomem conhecimento. Mas, expirado

1) A divisão tem sido bastante combatida. O seu valor é problematico. Outro tanto se deve dizer da bipartição do erro de direito em erro de direito penal e extra-penal.

esse prazo, não se deve permittir ás autoridades encarregadas de applical-a que admittam como excusa a ignorancia ou o erro das respectivas disposições. A efficacia da vontade commum não poderia ficar na dependencia da vontade e da negligencia dos individuos.

Além disso, a punibilidade das acções criminaes e correcçionaes é clara para todo homem que possua o discernimento de seus actos, fóra até de todo conhecimento especial da lei. Quanto ás contravenções, ella se assenta em que, tendo a autoridade publica o cuidado de tornar possível o conhecimento da lei, o individuo que a viola incorre em culpa, por não se ter feito instruir a respeito della". 1). Garçon escreve que o principio contido na maxima *error juris semper nocet* só se explica, na realidade, por seu interesse pratico. E acrescenta: "A regra — ninguem se reputa ignorar a lei — é uma especie de presumpção *juris et de jure*, sem a qual o direito penal não seria comprehensivel". 2).

Os criminalistas dos diversos países repetem, com ligeiras variantes, estas idéas. Alimena, affirmando que o argumento da necessidade politica é demasiadamente empirico, artificial e fallaz, opina que a irrelevancia da ignorancia da lei penal se justifica com a consideração de que essa lei corresponde ás condições mais fundamentaes da nossa moralidade. E nesta razão descobre tambem o criterio para a delimitação do principio.

Considera v. Hippel insustentavel a idéa de que, promulgada e publicada, deve e pode a lei ser de todos conhecida, incorrendo em culpa quem dahi por deante a ignora. Se a culpa realmente existe — observa o eminente professor de Goettingue — é cousa que só se pode verificar em cada caso isolado, com emprego dos principios que a regulam: — reconhecel-a sempre é uma ficção destituida de critica. Acha elle assás discutivel que a ignorancia do character delictuoso de um facto, por negligencia ou culpa, baste para justificar-lhe a punição. 3). Hafter nega que qualquer ne-

1) *Traité de droit pénal*, I, n. 288.

2) *Code pén. annoté*, art. 1, n. 86.

3) *Vergleichende Darstellung*, p. g., III, 558.

cessidade publica imponha a adopção do dogma da irrelevancia do erro de direito. E accusa esse dogma de ter influido perniciosamente na idéa da culpabilidade penal. 1).

A sciencia se mostra, cada dia mais, propensa a restringir o principio concretizado na paremia *error juris semper nocet*. Nas legislações, é manifesta a tendencia para mitigar-lhe o antigo rigor.

Os romanos, como se sabe, distinguiam entre a norma de mera criação politica e as outras. Apoiando-se nessa distincção, alguns criminalistas, de velha e nova data, têm pretendido que se estabeleça differença, relativamente á efficacia do *error juris*, entre as acções cuja indole criminosa é patente (*delicta juris gentium*) e aquellas que não se revestem dessa natureza (*delicta juris civilis*). Já Donellus ensinava: “Quaedam prohibentur jure gentium, quaedam jure civili... In quibus haec duo concurrunt, ut et jure gentium prohibeantur et simpliciter, ea admissa, ignorantiae veniam non habent... Huic excusationi locus est in his, quae jure civili prohibeantur”. 2). Esta distincção (que aliás os romanos só applicavam em referencia a certas classes de pessoas) é acolhida por escriptores como Rosshirt, Geyer, Carrara, Alimena, Prins, Thiry e outros.

Avultado numero de criminalistas reluta em abandonar o rigorismo da presumpção absoluta. Não ha negar que a distincção romana tem um notavel fundo de verdade e justiça; mas não pode ser feita convenientemente pela lei. O unico meio de applical-a é deixar a solução dos casos occorrentes ao prudente arbitrio do juiz.

Os positivistas italianos, censurando a injustiça condida na presumpção *juris et de jure* do conhecimento da lei penal, especialmente com relação ás classes pobres, se pronunciam pela attenuação da pena. 3).

Em nosso país, a inefficacia da ignorancia da lei penal (as só desta) está positivamente consagrada na excepção e analysamos. Opina Lima Drummond que, “se al-

1) Lehrbuch d. schw Strafrecht, p. 183.

2) De jure civile, III, 22.

3) Florian, Dei reati e delle pene, 196.

guem demonstrar que lhe foi absolutamente impossível conhecê-la, é forçoso que se admitta uma excepção a este principio severissimo e a jurisprudencia deve ser bastante equitativa para não applicar pena em semelhante caso. 1). Filinto Bastos, pelo que se infere de sua phrase — “a prova da impossibilidade do conhecimento da lei destruiria a ordem social, embaraçando a acção da justiça”, parece ser de opinião contraria. 2). Interpretando o codigo de seu país, que insere preceito igual ao que commentamos, o criminalista portuguez Abel do Valle adverte que elle *nunca* reconhece qualquer efficacia dirimente ou attenuante á ignorancia da lei penal.

Na jurisprudencia patria já se admittiu a relevancia do *error juris criminalis*, tratando-se de um estrangeiro e de disposição penal de character local, sem similar na legislação dos povos cultos, portanto constituindo um *delictum juris civilis* (Acc. da Côrte de Appellação do Rio, de 26, XI, 901). Tem essa jurisprudencia decidido que, havendo controversia a respeito da vigencia ou do sentido da lei, fica excluida a responsabilidade criminal. 3).

O erro que recae sobre um dos elementos objectivos, essenciaes, do crime — o erro chamado de facto — exclue a intenção, o dolo. Assim, o individuo que contrae matrimonio com outra pessoa já anteriormente casada (achando-se ainda em vigor esta precedente alliança), sem ter conhecimento dessa circumstancia, não se torna cúmplice do crime de bigamia. Não commette adulterio quem ignora que é casado ou que a outra parte o é. Não incorre em crime de furto quem se apossa de uma cousa movel, suppondo-a derelicta. Nestes e noutros innumerados casos, que poderiam ser facilmente imaginados, o erro exclue o elemento intencional.

Póde acontecer que o erro tenha como causa uma imprudencia ou negligencia. Se a lei neste caso punir o delicto culposo, por elle responderá o agente, que incorreu

1) Lições, p. 112.

2) Lições, I, 108.

3) Galdino Siqueira, *Dir. pen bras.*, I, p. 342.

no erro. Schuetze formula o seguinte exemplo, que se adapta perfeitamente ao nosso direito: — X. atira uma bola para dentro de uma casa, ignorando que se trata de uma granada; esta explode e communica fogo ao edificio. O agente responderá por incendio culposo (Cod. pen., 148).

O erro ou ignorancia acêrca de circumstancias accesorias, constitutivas de uma aggravação legal, exclue a imputabilidade intencional relativamente ás alludidas circumstancias. A erronea opinião da existencia de uma dirimente ou justificativa exclue o dolo. Irrelevante é a concernente á prescripção. Assim igualmente a relativa ao motivo. Encasa-se nesta derradeira hypothese a violação consciente da lei penal por uma convicção de ordem moral, religiosa ou politica (a chamada *phantasia criminosa*). A illusão em que o agente labora de obedecer a um dever superior não influe na existencia do crime. ¹⁾ Mas deve o juiz examinar cuidadosamente — aconselha Stooss — a imputabilidade do agente. ²⁾ Diverso é o caso do delicto ao revez (delicto putativo) em que o autor pratica um acto licito, persuadido de ser o mesmo criminoso.

Interessante se nos afigura conhecer como as varias legislações tem regulado o assumpto. Algumas prevêm os dois casos — o erro de direito e o de facto, preceituando que o primeiro não exclue a responsabilidade, mas o segundo, sim (Cod. austriaco, § 3; hungaro, §§ 81 e 83; grego, arts. 91 e 92; dos cantões de Turgovia, §§ 23 e 24; Argovia, §§ 3 e 45; Lucerna, § 53, etc.). Outros só se occupam do erro de direito (Cod. italiano, art. 44; o nosso, etc.) ³⁾. Um terceiro grupo reputa evidente o principio de que o erro de direito não aproveita e só dispõe a respeito do de

1) O projecto official allemão (1925) poz em fóco o chamado "delicto de convicção", para o qual estabeleceu penalidade especial. A critica recebeu impiedosamente a innovação. Não a encontramos no projecto seguinte (1927). Veja-se a respeito v. Liszt-Schmidit, **Lehrbuch**, § 40, n. 10.

2) **Lehrb. d. oesterr. Strafr.**, p. 101.

3) Foi este o systema adoptado pelos projectos João Vieira e da Camara dos deputados.

facto (Cod. allemão, § 59 ; russo (1905), 45 ; S. Marinho, 17, 3 ; argentino, 34 ; etc. ¹). Finalmente, um ultimo grupo nenhuma disposição encerra sobre a materia (Cod. francês, belga, hollandês, espanhol, etc.).

Vamos ver, em brevissimo apanhado, como os codigos mais modernos legislam a respeito da efficacia do *error juris* : — O norueguês, sem distinguir entre direito criminal e direito de outra especie (civil, administrativo, etc.), concede ao juiz a faculdade de absolver o accusado ou de applicar-lhe o minimo da pena. Esta póde ser substituida por outra mais benigna na respectiva escala. O japonês (1907), permite o abrandamento da pena, dizendo na ultima alinea do § 38 : — “A ignorancia da lei não exclue a vontade de commetter o crime ; mas a pena póde ser attenuada, conforme as circumstancias do caso”. O peruano (1924) faculta ao juiz diminuir a pena até limites inferiores aos da lei, no caso de erro ou ignorancia, não culpavel, sobre o character delictuoso do acto ; mas accrescenta : — “La ignorancia de la ley penal no modificará en ningun caso la represion de delitos que tengan senalada pena mayor que la de prison”. O turco (1926) se conserva agarrado á tradição (§ 44). O espanhol (1928) nada dispõe a respeito. Assim procedêra o argentino (1921).

Os projectos de reforma podem ser classificados em varios typos. A maior parte delles adopta a attenuação facultativa ; mas os polacos, o austriaco (1909) e o checo-eslovaco (1921) só o fazem no caso de erro excusavel. Como circumstancia que acarreta a exclusão obrigatoria da pena, apparece o erro de direito no projecto dinamarquês (1913) e no italiano (1921). Este menciona, entre os motivos de justificação do facto, o seguinte : — “Per ignoranza che il fatto sia proibito della legge penale, derivata da forza maggiore o per errore sostanziale di diritto e di fatto non proveniente da negligenza” (Art. 18, 2.º). Em sua exposição de motivos, mencionou Ferri como caso de força maior : —

¹ Assim procedeu o projecto Galdino. O artigo 12 é traducção do § 59 do codigo allemão.

molestia grave, ausencia prolongada, isolamento em territorio deshabitado e analphabetismo, que não fosse por culpa propria. Ambos os referidos projectos nenhuma attenção ligam ao *error juris* culposo. Os projectos allemães de 1919 e 1927 e o austriaco deste ultimo anno dão ao erro de direito, que não provenha de culpa, effeito liberatorio; e a esse erro, quando culposo, effeito minorativo da pena. O projecto checo-eslovaco de 1926 se approxima desse systema: — em caso de erro de direito, attenuação facultativa; sendo esse erro excusavel, attenuação facultativa maior ou renuncia á pena. O projecto italiano, mandado elaborar pelo fascismo, repete, em seu maior rigorismo, o velho principio — “nessuno puó invocare á propria scusa l'ignoranza della legge penale”.

Desta breve resenha se conclue qual o espirito que anima as mais recentes codificações penaes e os projectos de reforma em referencia ao erro de direito.

III. — O erro sobre o objecto da acção, objecto que pode ser uma pessoa ou uma cousa, não exclue a responsabilidade pelo dolo (intenção criminosa), porque o objecto violado ou posto em perigo é o mesmo que o agente tinha em vista, muito embora em consequencia de um erro. Este póde recahir em objecto da mesma especie (*error a persona in personam, a re a rem*) ou de especie diversa (*error a re in personam, a persona in rem*). Se os objectos são da mesma especie ou se se revestem de igual importancia perante a lei, não exclue o erro ao elemento intencional. A diversidade provém ás vezes da existencia ou inexistencia de uma condição ou circumstancia juridicamente relevante. O professor que, suppondo castigar um alumno (dentro dos limites em que se lhe póde reconhecer o direito de correcção), castiga um extranho, não responde por lesão corporal dolosa.

No *error in objecto* (pessoa ou cousa), quando o dolo subsiste, ha um crime unicamente. Esta é a opinião corrente em todos os países, sem exceptuar a Allemanha. Mas os criminalistas variam na maneira como fundamentam a solução adoptada. A mais simples e melhor justificação é a que expuzemos. Geib e Boehlau viram nesse caso dois

crimes, mas essa opinião não encontrou eco. ¹⁾ Depois de observar que o principio da unidade já era acolhido pelo direito romano (L. 18, § 3, *de injuriis et fam. libellis*, XLVII, 10), depois de notar que a jurisprudencia italiana fôra sempre nesse sentido, conclue Alimena : — “Esso si puó dire universalmente accettato, e basti ricordare la dottrina tedesca, svolta a proposito del famoso processo Rose e Rosal, e poi la giurisprudenza inglese, nord-americana e canadense”. ²⁾ A asseveração é de todo o ponto verdadeira. Algumas legislações territoriaes da Allemanha (Hesse, 1842, § 62; Baden, 1845, § 100; Thuringia, 1850, § 29; e outras) consignaram disposição expressa a respeito do *error in objecto*.

Esse erro abre margem a outros problemas, que cernem á premeditação, á emboscada, ao mandato, á tentativa. O individuo que, premeditadamente, resolve matar um desaffectedo e, no momento da execução, se equivoca em relação á pessoa da victima e mata *unum pro alio*, é responsavel por homicidio premeditado? A resposta não tem sido sempre a mesma. Carrara ³⁾ e Pessina ⁴⁾, seguindo a lição de Julio Claro, que ensinava : “bene verum est quod respectu istius homicidii cessat qualitas animi deliberati”, dam-na em sentido negativo. Mas os proprios escriptores italianos, em sua grande maioria, se pronunciam contrariamente. ⁵⁾ Alimena pondera : — “...se no erro acêrca da pessoa o dolo subsiste, por que deveria excluir-se a premeditação, que é uma fórma do dolo? Separar a premeditação do dolo é como separar os graus mais altos do thermometro do conceito da temperatura”. ⁶⁾ Impallomeni por sua vez argumenta : — “...se a volição tem como ca-

1) *Lehrbuch*, I, 120.

2) *Modificatori*, II, 374.

3) *Programma*, § 1136.

4) *Elementi*, II, 39.

5) Bennati, *Premeditazione*, 33; Giunta, *Trattato di omicidii qualificati*, 235; Crivellari, *Dei reati contro la vita*, I, 733; Puglia, *Trattato di dir. pen.*, ed. Vallardi, VI, 174, etc.

6) *Ob. cit.*, v. 382.

racterístico ser premeditada, não perde esse característico somente porque, na realidade, seja a victima diversa da que se pretendia matar". 1). Em França, a questão é resolvida de identica maneira. 2). O antigo codigo português, definindo a premeditação, como o fizera o francês, *verbis ipsis*, addicionou a seguinte clausula: — "ou ainda que depois na execução do crime haja erro, ou engano a respeito dessa pessoa". No direito português — o codigo vigente conserva inalterada a antiga definição — toda duvida, ao menos no tocante ao homicidio, ficou dissipada. Na Espanha, se externa Groizard favoravel ao reconhecimento do "assassinato". 3). Em nosso direito, quem commette homicidio premeditado, embora enganando-se relativamente á pessoa da victima, deve responder como incurso nas penas do § 1.º do art. 294.

Na hypothese da emboscada a solução deve ser identica á da premeditação.

Relativamente ao mandato:

Pessina e Crivellari o excluem no caso de *error in corpore* durante a acção do mandatario. Alimena, ao contrario, sustenta a responsabilidade do mandante. "Di fatti escreve elle — l'uomo che cade, per quanto sia vittima d'un errore, cada per l'opera indiretta d'un mandato e non per l'opera diretta d'una volontà che, spontaneamente, si desta e si determina". 4).

A questão foi largamente debatida na Allemanha em seguida ao caso Rose e Rosal. 5). Pela irresponsabilidade do mandante se manifestaram criminalistas de grande renome; 6) mas a maioria se pronunciou em sentido contra-

1) **Omicidio**, n. 169.

2) Chauveau et Hélie, **Theorie du code pénal**, I, n. 2417; Garçon, **Ob. cit.**, 296, n. 24; Vidal, **Droit criminel**, p. 303, etc.

3) **Codigo penal**, IV, p. 395.

4) **Ob. cit.**, p. 384.

5) v. Liszt, **Strafrechtsfaelle**, n. 44.

6) Schuetze, **Nothwendige Theiln.**, 267; Loening, **Grundriss**, 96; Schwartz, **Strafgesetzbuch**, § 48, 10, d.; Borchert, **Teilnahme**, 64, n. 30, etc.

rio. 1). O argumento de mais peso trazido á discussão pelos partidarios da responsabilidade do mandante consistiu em que, se este mesmo tivesse executado o delicto e, por erro, houvesse causado a morte de *alia et diversa persona*, seria responsavel, dolosamente, por este resultado ; e que, tendo-se servido de outrem, não era razoavel que se aproveitasse do erro deste. Pfothenauer escreveu : “Quem se serve dos proprios olhos para ferir e matar a alguém pode errar no objecto e produzir a morte de outra pessoa. Quem, com o mesmo fim, se utiliza de olhos alheios não póde pretender que estes sejam infalliveis. Como responde pelas consequencias da propria habilidade ou inhabilidade, deve responder tambem pela daquelle de quem se serviu como instrumento”. 2).

Não é possivel fallar no caso de que tratamos de *excessus mandati*. Incurial é, por conseguinte, resolver o problema da responsabilidade do mandante, no alludido caso, com as regras legislativas attinentes ao *excessus*. Não conhecemos codigo algum que haja *expressis verbis* dado solução ao mencionado problema. A melhor, ao nosso ver, é a que reconhece a responsabilidade do mandante.

IV. — Cumpre não confundir o *error in objecto (persona)* com o phenomeno juridico conhecido sob a denominação de *aberratio ictus seu actus*. Esta se verifica quando a acção, dirigida a um objecto (pessoa), vae produzir, contra a vontade do agente, a lesão de outro, do mesmo ou diverso genero. Exemplo : A. desfecha um tiro em B. Este se desvia. O tiro attinge a C. que se achava proximo. Ha neste caso um crime unico ou mais de um ? As opiniões se acham em grande discordancia. Na Allemanha predomina a de que ha ou póde haver, nessa hypothese, um concurso ideal de crimes — uma tentativa, em relação ao objecto que o delinquente tinha em vista, e um delicto de natureza culposa relativamente ao objecto lesado. Assim pensam Zacha-

1) Geyer, no **Handbuch** de v. Holtzendorff, II, 453 ; Waechter, **Vorlesungen**, 171, n. 16 ; Kohler, **Studien**, I, 142 ; Birkmeyer, **Teilnahme**, p. 165 e muitos outros.

2) Apud Siegel, **Verwechsdungsaelle b. Anstiftung**, p. 25.

riae ¹⁾, Schwarze ²⁾, v. Bar ³⁾, Merkel ⁴⁾, v. Hippel ⁵⁾ e muitos mais. Em contrario, entendendo que, cono no *error in objecto*, na *aberratio ictus* só existe um crime: Schaper ⁶⁾, v. Liszt ⁷⁾, Frank ⁸⁾ e especialmente Waechter. ⁹⁾. Na Hollanda domina a doutrina do concurso. ¹⁰⁾. Na Belgica, por ella se pronunciam Haus ¹¹⁾ e Nypels. ¹²⁾. Em França e na Italia a doutrina de um crime unico, da assemelhação da *aberratio* ao *error*, conta pouquissimas opiniões dissidentes. Entre os criminalistas franceses, salienta-se Garçon, ¹³⁾ e entre os italianos, Brusa. ¹⁴⁾ O codigo italiano esposou a idéa de unidade, redigindo do seguinte modo o artigo 52: — “Quando alcuno, per errore o per altro accidente...” Em nosso país, o assumpto tem sido por varias vezes estudado e resolvido. Variam os opiniões dos escriptores e os arestos dos tribunaes. Lima Drummond ¹⁵⁾, Macedo Soares ¹⁶⁾, Rodrigues Campos ¹⁷⁾, são partidarios da dualidade de crimes. Do lado opposto sobresaê Baptista Pereira. ¹⁸⁾.

A melhor doutrina, em nosso entender, é a que reconhece, na *aberratio ictus*, a possibilidade de uma concorrência

-
- 1) **Versuch d. Verb.**, I, § 143.
 - 2) **Commentar**, p. 98.
 - 3) **Lehre v. Causalz.**, § 9; **Gesetz und Schuld**, II, 369
 - 4) **Lehrbuch**, 85.
 - 5) **Vergl. Darstellung**, p. ger., III, 544.
 - 6) Holtzendorff, **Handbuch**, II, 175.
 - 7) **Lehrbuch**, § 39.
 - 8) **Strafgesetzbuch**, § 59, III, 2, C.
 - 9) **Vorlesungen**, 78.
 - 10) v. Hamel, **Inleiding**, § 34, 16; Hazelhoff, **Wetboek v. Strafr**, I, p. 123.
 - 11) **Principes**, I, 331.
 - 12) **Le code pén. belge interpr.**, II, 256.
 - 13) **Ob. cit.**, 295, n. 69.
 - 14) **Saggio di dott. generale del delitto**. § 116. Florian tambem aceita a idéa da concorrência, repellindo uma subtil observação de Geyer.
 - 15) **Rev. de jurisprudencia**, I, 154.
 - 16) **Cod. pen. commentado**, art. 26.
 - 17) **Rev. forense**, XXV, 357.
 - 18) **Rev. de jurisprudencia**, III, 127.

ideal de crimes : — uma tentativa, quanto á pessoa alvejada, e um delicto culposo, quanto á pessoa attingida. F' questão de facto determinar se o resultado foi culposo ou meramente casual. Nada obsta que o agente haja procedido com dolo eventual ou alternativo. A solução será então a imposta pela natureza do dolo.

A analyse das figuras do *error in objecto* e da *aberratio ictus* evidencia que ellas são muitissimo diversas entre si. Na primeira, não ha como descobrir uma tentativa criminosa contra a pessoa ou cousa que o agente tinha em vista e que nenhum ataque veio a soffrer; na segunda, a tentativa existe perfeitamente caracterizada por um começo de execução. Esta differença basta para justificar a diversidade de soluções. ¹⁾

Póde acontecer que concorram juntamente um *error in objecto* e uma *aberratio ictus*. Como resolver então? Pela possibilidade da existencia de um duplo crime. ²⁾

Tem certa parecença com a aberração o problema, lembrado por Alimena, do individuo que, querendo ferir ou matar a A., produz, além desse resultado, um outro — a lesão ou morte de terceiro. Esse criminalista vê, no caso, um concurso real de crimes; ao passo que Impallomeni um delicto unico. ⁴⁾ A primeira opinião se nos afigura a mais accetavel.

Duvidosa é tambem a solução no caso do que alguns escriptores, modernamente, appellidam *dolus generalis*. Já vimos em que este consiste. Em tal caso existe, segundo

1) As decisões dos nossos tribunaes são oscillantes. No sentido da dualidade de crimes as que se encontram na **Revista Forense**, vols. VIII, 240; XXII, 159; XXVI, 177; no da unidade, a que se encontra na **Revista dos Tribunaes**, XXXIV, p. 289.

2) Esta hypothese se verificou em França, no caso Vera Gelo, que, suppondo ver em M. Deschanel uma outra pessoa, lhe desfechou um tiro, que attingiu Mlle. Zélenini. O primeiro não foi ferido. A ultima veio a fallecer (Garçon, **Code pénal**, 295, n. 72).

3) No mesmo sentido Mosca, **Nuovi Studi e nuove dottrine sulla colpa**, p. 184.

4) **Ob. cit.**, n. 74.

entendemos, um crime doloso (tentado), podendo eventualmente existir tambem outro culposo (consummado). 1).

Antes de encerrar esta parte :

Os projectos João Vieira e da Camara dos Deputados consignaram referencia especial á aberração, tomando como exemplo o codigo italiano. Os dois outros (Galdino e Sá Pereira) são mudos a respeito. Raros codigos regulam o caso expressamente. Na verdade, bastam os principios geraes.

V. — Menciona o codigo, entre as circumstancias que não dirimem ou excluem a intenção criminosa, o consentimento do offendido, accrescentando — “menos nos casos em que a lei só a elle permite a acção criminal”.

Sobre o valor desse consentimento, na esphera do direito repressivo, muito se tem discutido. Uma antiga escola procurou justificar philosophicamente, em toda a sua amplitude, o principio concretizado na paremia : — *volenti non fit injuria*. Outra recusou qualquer valor a esse principio. Entre estas duas opiniões radicaes se collocaram aquelles que resolvem o problema, distinguindo. 2). Uns distinguem entre direitos alienaveis e inalienaveis, admitindo a efficacia do consentimento em referencia aos primeiros. Outros dividem os bens juridicos em condicionaes (isto é, aquelles cuja lesão só se verifica contra a vontade do titular) e absolutos. A respeito dos primeiros reconhecem o valor do consentimento. Alguns criminalistas distinguem as acções delictuosas em crimes contra o individuo (caso em que fazem vigorar a maxima *volenti non fit injuria*) e contra o Estado ou interesse publico. Ha ainda quem se apoie na distincção entre crimes de acção particular e de procedimento official.

1) Neste sentido : Berner, **Lehrbuch**, 135 ; Schuetze, **ob. cit.**, 126 ; Meyer-Allfeld, **Lehrbuch**, 146. Pela existencia de um unico crime, doloso e consummado : v. Schwarze, **ob. cit.** 113, e v. Waechter, **ob. cit.**, 231. Como observa Schwartz, a erronia desta opinião se demonstra com a simples consideração de que a crença de já ter produzido o resultado exclue necessariamente a vontade de produzi-lo depois (**Strafgesetzbuch**, § 59, 14, c.).

2) Sobre as tres escolas : Binding, **Handbuch**, § 148, n. 11..

As tres primeiras teorias, em sua applicação pratica, quando se tem de determinar quaes os direitos alienaveis e quaes os inalienaveis, quaes os bens condicionaes e quaes os absolutos, etc., dão lugar a uma série de insolueis contro-versias. A ultima tem o defeito de confundir cousas essencialmente diversas : — o consentimento exclue a possibilidade do crime ; a não apresentação da queixa exclue apenas a perseguição ou punição do delinquente. E' erro considerar o consentimento como uma renuncia ao direito de queixa. Foi nessa teoria que se inspirou o nosso codigo. Para o legislador patrio, o consentimento vale unicamente quando se trata de crimes de acção privada.

Crimes ha em todas as legislações que presuppõem a falta de consentimento por parte da victima. Sem o elemento integrante do *invito laeso*, elles não existem. Assim, por exemplo, o furto. Outros ha que se realizam com o consentimento da victima. Um caso desta especie nos apresenta o nosso codigo no artigo 301 : — a provocação de aborto com a annuencia e accordo da gestante. Outros ainda existem em que o consentimento é impossivel. Taes são os crimes contra o Estado, os de perigo commum, etc.

As legislações em sua quasi unanimidade não consignam um preceito relativo ao consentimento do offendido. As excepções são em numero diminuto. Podemos recordar o codigo austriaco (§ 4), os portuguezes, de 1852 e actual, e o mexicano (arts. 10 e 261). O primeiro declara que existe crime, embora o damno tenha sido causado por exigencia ou com consentimento do offendido. Referindo-se a este dispositivo, diz Stooss que o Estado em regra só tem interesse mediato ou indirecto nos bens da pessoa ; e que se esta não se considera offendida, se consente na lesão, não tem elle motivo para protegel-a criminalmente. Mas que em certos bens tem o Estado interesse immediato ou directo, como a vida e a integridade corporea do individuo. Estes bens pertencem tambem ao Estado. Com relação a elles, é inefficaz o consentimento do offendido. 1). Esta distincção do

1) **Ob. cit.**, p. 156.

insigne professor de Vienna é, como as outras, scientificamente insustentavel. Os codigos portuguezes dispõem como o nosso. Interessante é o artigo 261 do codigo mexicano.

Muitos codigos dão o consentimento da victima, em casos de homicidio, effeito minorativo. E' a figura do homicidio do consenciente (Cod. allemão, § 211; dinamarquês, 176; norueguês, § 235; japonês, 320, etc.). Estudando o assumpto, notou v. Liszt que das modernas codificações só a italiana se collocára em ponto de vista discrepante. Mas o projecto Rocco (art. 579) se occupa desenvolvidamente desse homicidio privilegiado. Os projectos de reforma elaborados para o nosso país o acolhem.

O codigo da Noruega estende a efficacia minorativa do consentimento do offendido ás duas primeiras classes de lesões pessoaes (§ 235). O projecto Rocco (art. 589) segue, com maior amplitude, esse exemplo. Alguns dos allemães (1913, 1925 e 1927) dispõem que as lesões corporaes produzidas com consentimento do offendido só são punidas se vão de encontro aos bons costumes. ¹⁾ A questão é controvertida perante as legislações que, como a allemã, a hollandesa e outras, não contêm dispositivo expresso a respeito. ²⁾

Finalizando esta nota: alguns interpretes censuram, com sobejos motivos, a maneira como está redigida a derradeira alinea do artigo que commentamos. ³⁾ Mas o defeito não é somente de redacção; é tambem de doutrina.

Sobre os casos em que o código só ao offendido permite a acção criminal veja-se o artigo 407.

1) O projecto Sá Pereira preceitua no artigo 291: "A'quelle que, consentindo o offendido, lhe causou lesão corporal grave, descontar-se-á por metade a pena de prisão em que incorrer". Perigosa nos parece a amplitude com que está redigido este dispositivo.

2) *Vergleichende Darstellung*, p. esp., V, 131.

3) Lima Drummond, *Lições*, cap. XIII, *in fine*; Filinto Bastos, *Lições*, I, p. 112.

Art. 27 — Não são criminosos :

Paragrapho 1.º — Os menores de nove annos completos.

Paragrapho 2.º — Os maiores de nove annos e menores de quatorze, que obrarem sem discernimento.

I. — Ao inverso do código da monarchia, que, acompanhando o francês, não conhecia na vida um periodo de irresponsabilidade absoluta, o actual, mais bem inspirado, adoptava o systema opposto. Até aos nove annos o menor não podia ser havido como criminoso, qualquer que fosse o acto por elle praticado. O limite desse periodo de irresponsabilidade absoluta era muito baixo, sobretudo attendendo-se ao estado cultural do nosso povo. Na doutrina e nas legislações do mundo culto a tendencia era para elevar aos quatorze annos o alludido periodo. O projecto de refórma elaborado pelo dr. Galdino Siqueira fixava essa idade.

Nada dizia o código acêrca das providencias que os juizes deviam tomar a respeito dos menores de nove annos. Era uma lacuna, que outras legislações, mais previdentes, haviam evitado (por exemplo : — o código penal italiano, artigo 53).

Ao periodo de completa irresponsabilidade, fazia o código seguir outro, em que a punição do menor se tornava possível, desde que concorresse certo requisito — o discernimento. Esse segundo periodo se estendia dos nove annos aos quatorze.

Como em outros países, tambem no nosso se chegou á convicção de que o criterio do discernimento, vago e obscuro, não fornecia base satisfactoria para se decidir quando as medidas repressivas deviam ter applicação. Enormes eram as divergencias entre os escriptores a respeito do verdadeiro conceito dessa condição legal. Não foi exaggeradamente que Alimena escreveu : — “In nessun altro caso, come in questo, si puó dire che tante sono le opinioni quante sono le teste”. 1). Das definições formuladas por Haus,

1) I limiti e i modificatori dell'imputabilità, II, p. 287.

Carrara, Pacheco e Groizard disse o criminalista argentino Rivarola que ellas não passavam de “um montão de palavras”. 1). O principal defeito do criterio do discernimento consistia em se contentar elle com o desenvolvimento intellectual do menor. Para que este fosse criminalmente responsavel pelos actos praticados, era sufficiente, como se exprimiam os franceses, “la conscience d’un délit, le sentiment de l’infraction”. A maior ou menor fraqueza da vontade, a maior ou menor resistencia ás proprias inclinações e aos impulsos provindos do exterior não eram tomadas na merecida consideração. Ora, na generalidade dos casos, não era a maturidade da intelligencia que faltava ao menor, mas a dos sentimentos moraes, a do character, ainda em formação.

Entre nós, á semelhança do que acontecera em outros países, uma viva opposição se levantou a esse criterio. 2). E dahi resultou a sua suppressão. A lei n. 4.242, de 5 de janeiro de 1921, em seu artigo 3.º, § 16, assim dispoz : — “O menor de quatorze annos indigitado autor ou cumplice de crime ou contravenção não será submettido a processo algum...”. O regulamento approved pelo decreto n. 16.272, de 20 de dezembro de 1923, em seu artigo 24, reproduziu esse dispositivo. Os maiores de quatorze e menores de dezoito ficaram pela citada lei e seu regulamento sujeitos a um processo especial, variando as medidas a empregar conforme o estado physico, mental e moral delles. O § 5.º do artigo 24 do regulamento dispoz : — “Se fôr imputado crime, considerado grave pelas circumstancias do factio e condições pessoaes do agente, a um menor que contar mais de dezeseis e menos de dezoito annos de idade ao tempo da perpetração, e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral, o juiz lhe applicará o artigo 65 do Codigo Penal, e o remetterá a um estabe-

1) *Derecho penal argentino*, p. 411.

2) Alfredo Pinto, *Menores abandonados e menores delinquentes*, no S. Paulo Judiciario, XXIII, p. 444; Astolpho Rezende, *Menores abandonados e delinquentes*, 1910; e, mais desenvolvidamente, Evaristo de Moraes, *Criminalidade da infancia e da adolescencia*, Rio, 1916, p. 69 e seguintes.

lecimento para condemnados de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão commum com separação dos condemnados adultos, onde permanecerá até que se verifique sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu maximo legal. O artigo 28 do mesmo regulamento declarou: — “A idade de dezoito a vinte e um annos constitue circumstancia attenuante (Codigo penal artigo 42, § 11), Prescreve ainda o artigo 29: — “Se, ao perpetrar o crime ou contravenção, o menor tinha mais de dezoito e menos de vinte e um, o cumprimento da pena será, durante a menoridade do condemnado, completamente separado dos presos maiores”.

O decreto legislativo n. 5.083, de 1.º de dezembro de 1926, em seu artigo 1.º, autorizou o governo a consolidar as leis de assistencia e protecção aos menores. Em virtude dessa autorização, foi decretado, em 12 de outubro de 1927, o Codigo de Menores. Como o *Children act* de 1908 ¹⁾, não se occupa elle exclusivamente da infancia e juventude delinquente. Contém preceitos que abrangem os menores necessitados de assistencia e protecção em geral. Ahi se nos deparam, entre outras mais, disposições acêrca das crianças da primeira infancia, dos infantes expostos e do trabalho dos menores. De maxima importancia são as figuras criminosas, definidas nos artigos 132 “usque” 144.

II. — O problema da infancia impropriamente chamada criminosa, posto em moda (como se disse) na segunda metade do seculo passado, constitue ainda hoje preocupação universal. Por unanime convicção, se entende actualmente que o menor não deve estar sujeito a penas e castigos, mas tão somente a medidas educativas e reformadoras. Por isso, com razão, se affirma que para os menores a noção

1) R. Gache, *La delincuencia precoz*, p. 234, diz muito bem: “... el cuerpo quizá mas adelantado y eficaz que existe en la materia”. Essa lei foi completada por outras posteriores, sendo o conjuncto dellas commummente designado sob o nome **Childrens Acts** 1908-1913. Sobre a tendencia moderna de tratar reunidamente dos multiplos problemas attinentes á infancia e á adolescencia leia-se C. Calon, *Derecho penal*, p. 545, n. 1, e *Penologia*, p. 277.

da pena desapareceu e foi substituída pelo tratamento correcional. ¹⁾

Em toda parte, se procura evitar que menores sejam recolhidos, ainda que por breve espaço de tempo, preventivamente, a prisões communs. Estas são, por via de regra, lugares de corrupção e de aviltamento. Entre os meios adoptados para conseguir esse *desideratum* está a criação de estabelecimentos especialmente destinados a receberem menores, emquanto elles aguardam as providencias tutelares do juiz. A Inglaterra possui essas casas de detenção provisoria (*remand homes*) em todas os centros de importancia. Instituições do mesmo genero se encontram nos Estados Unidos (*detention homes*) e em outros países. A nossa lei prohibe seja o menor de dezoito annos recolhido a prisão commum (Codigo, artigo 57). Só em caso de absoluta necessidade, pela impossibilidade material de encontrar quem possa acolher o menor, permite que este seja guardado provisoriamente em algum compartimento da prisão commum, separado, entretanto, dos presos adultos. Os abrigos provisórios, onde existam, obviarão a essas difficuldades.

Reconheceu-se tambem, na maioria dos países, que os tribunaes ordinarios, com a solennidade e publicidade de suas audiencias, não eram os mais convenientes para o julgamento de menores. Fazia-se mistér confial-o a juizes especiaes, dotados da necessaria preparação psychologica, que decidissem as questões á luz dos novos principios, em um ambiente singelo e familiar, paternalmente. A idéa da organização de tribunaes para menores, nascida nos Estados Unidos (o primeiro foi creado em Chicago, em 1899) rapidamente conquistou o orbe civilizado. Varia a sua constituição nos diversos povos, mas o pensamento fundamental é o mesmo. Elles não desempenham função repressiva, mas puramente tutelar e protectora. Estudada a persona-

1) Garçon, *Droit pénal*, Paris, 1922, p. 154 : — “D’un consentement unanime, l’enfant est aujourd’ hui sorti du droit pénal”. Já antes Dorado Montero havia assignalado, no *El derecho protector de los criminales*, I, 224 — “El derecho penal ha desaparecido con respecto a los niños y a los jovenes delincuentes...”.

lidade physica, mental e moral do menor, colhidas as mais completas informações a respeito das suas condições de vida, passada e presente, elles lhe applicam as medidas mais adequadas de educação e refórma. Tão delicada e espinhosa missão exige naquelles que della se encarregam dotes e aptidões que se não encontram facilmente. O bom exito dos tribunaes para menores depende, em maxima parte, dos proprios juizes. São estes escolhidos, quasi sempre, entre os membros da magistratura. Algumas legislações permitem a mulheres o accesso a esses cargos. A lei n. 4.242, a que já nos referimos, deu ao governo a faculdade de nomear livremente um juiz privativo de menores para a Capital da Republica. Recahiu a escolha, muitissimo feliz, em pessoa estranha á carreira da judicatura. Nos Estados, os juizes de menores têm sido tirados do quadro da magistratura.

A competencia desses tribunaes não pôde ficar circumscripta aos menores que hajam transgredido as leis criminaes. As legislações européas, com poucas excepções, não lhes dão mais amplas attribuições. Mas o contrario acontece na America do Norte. Ahi, as *juveniles courts* gozam de uma esphera de acção que, pôde-se dizer, abrange todos os assumptos relativos aos menores. Esta é a fórma ideal da instituição. ¹⁾

Questão interessante e grave é a de saber, quando em um factio qualificado como delictuoso hajam tomado parte menores e adultos, a quem deve ser entregue o respectivo conhecimento e a decisão. A solução mais preconizada é a da sujeição dos ultimos aos tribunaes de menores. As nossas leis mandam que os processos corram separadamente, sendo os maiores submettidos ás jurisdicções communs. Assim tambem dispõe, por exemplo, a recente lei austriaca

1) Muitissimo se tem escripto em relação a estes tribunaes (denominação reconhecidamente impropria). Do modo mais completo se occupa do assumpto Clément Griffé, **Les Tribunaux pour Enfants**, Paris, 1914; Cuello Calón, **Tribunales para niños**, Madrid, 1917; e, na literatura patria, Noé Azevedo, **Dos tribunaes especiaes para menores**, S. Paulo, 1920.

(§ 31). Obedecendo a uma louvavel orientação, aquellas leis não distinguem, quando estabelecem a competencia objectiva dos tribunaes para menores, entre infracções mais ou menos graves. Neste particular, ellas levam a deanteira a muitas outras.

Quaes as medidas que esses tribunaes podem adoptar?

Muito bem responde a esta interrogação um assás apreciado escriptor espanhol: — "...dentro do espirito que hoje domina nesta materia, não pôdem (os menores) ser castigados com verdadeiras penas, com nenhuma dellas: nem com a prisão, nem com os açoites, nem com a reprehensão, nem com a multa; sómente medidas tutelares e educativas pôdem ser tomadas em relação a elles". 1). As legislações offerecem grande variedade. No systema do nosso Codigo de Menores, cumpre distinguir os que têm menos de quatorze annos e os que ultrapassaram esse limite, mas não attingiram ao de dezoito. Em referencia aos primeiros, a medida mais energica é a collocação em asylo, casa de educação, escola de preservação ou a entrega a uma pessoa idonea, por tempo não excedente da maioridade (21 annos). Em caso de absolvição, podem os menores ser entregues aos proprios paes, a terceiros (pessoas idoneas ou estabelecimentos de educação) ou ficar em liberdade vigiada. Relativamente aos últimos — os maiores de quatorze e menores de dezoito annos — a medida ordinaria é a escola de refórma. Varia o maximo da internação, podendo ser de cinco ou de sete annos, de conformidade com as condições do menor. Em todo tempo, pôde este ser transferido para uma escola de preservação. Quando o menor tiver mais de dezeseis annos e menos de dezoito e for perigoso, pelo seu estado de perversão moral, ser-lhe-á imposta a pena de prisão, no gráu correspondente á cumplicidade (Codigo Penal, artigo 65). Essa pena, indeterminada (até a regeneração), deverá ser cumprida em estabelecimentos proprios ou nos communs, com separação dos condemnados adultos. A prisão não poderá exceder o maximo legal. Tambem aos me

1). C. Calon, *Penologia*, p. 290.

nores entre quatorze e dezoito annos, quando absolvidos, se applicam as medidas já mencionadas, relativas aos de menos de quatorze, entre as quaes a liberdade vigiada. 1).

O Codigo presuppõe a existencia de estabelecimentos de diversas categorias :

- a) asylos ou casas de educação communs ;
- b) abrigos provisórios ;
- c) estabelecimentos medico-pedagogicos para menores que soffram de alienação ou deficiencia mental, epilepsia, surdo-mudez, cegueira, etc. ;
- d) escolas de preservação ;
- e) escolas de refórma ; e
- f) prisões para determinados menores.

Cada país organiza os seus estabelecimentos para menores de modo mais ou menos differente. Modelares são considerados os norte-americanos. Elles costumam ser divididos em tres classes : — escolas para menores rebeldes, cábulas, e outros enviados pelos respectivos tribunaes (*Paternal* ou *Truant Schools*) ; escolas industriaes, destinadas a menores mais pervertidos e perigosos (*Training Schools*) ; e escolas de refórma, ás quaes são recolhidos menores já proximos da idade adulta (*State Reform Schools*). Em todos elles impera o espirito educativo. Alguns offerecem a originalidade de ser administrados pelos proprios reclusos

1) No systema americano, se distingue a liberdade sob palavra (*on parole*) da liberdade em prova (*probation*). Esta é anterior a qualquer internação ou condemnação penal. A nossa lei deixou-se influenciar por essa distincção. Relativamente aos menores internados em casa de reforma, ella só permite a liberdade vigiada, mediante determinadas condições. E' um livramento condicional especial. Quanto aos maiores de dezeseis annos e menores de dezoito, incursos em infracções graves, é muda a lei. Deve-se entender que esses menores só poderão obter o livramento condicional, nas condições communs. Para a liberdade vigiada, em accepção propria, fixou o artigo 93, V, o prazo maximo em um anno. Em muitos casos esse prazo não será sufficiente. Muito bem observou o celebre Lindsey que, no assumpto, não era possivel estabelecer periodos fixos. Merecem lidas a proposito dessa medida as judiciosas ponderações de Nachat, *Les jeunes delinquants*, Paris, 1913, p. 254 e seguintes.

— republicas em miniatura. A mais importante é a *Ford Republic* (Detroit). ¹⁾

Tambem os estabelecimentos ingleses para a educação e correcção de menores se distinguem em tres cathogorias : — escolas industriaes (*Industrial Schools*), escolas de reforma (*Reformatory Schools*), e instituições Borstal (*Borstal Sistem*). Estas se caracterizam por um regime de maior severidade. ²⁾

As idéas americanas e inglesas se diffundiram pelos varios países do velho e do novo mundo. Actualmente, todos elles possuem estabelecimentos, mais ou menos perfectos, para o tratamento de menores abandonados, pervertidos ou delinquentes. Em não poucos já se encontram estabelecimentos medico-pedagogicos, destinados á cura e educação dos anormaes (idiotas, epilepticos, etc.) A nossa lei os prevê.

O instituto da liberdade vigiada, de que o Codigo se occupa no capitulo VIII, para que dê resultados beneficos, exige escrupulosa escolha das pessoas encarregadas da difficil tarefa da vigilancia. Ellas precisam ser dotadas de grande bondade, paciencia, penetração psychologica e moralidade.

Em conclusão :

Está o nosso direito positivo, em materia de criminalidade infantil e juvenil, ao nivel dos maiores progressos atingidos pela legislação dos povos cultos. ³⁾ Duas cousas

1) Acérca destas e de outras instituições norte-americanas : — Bernreither, *Jugendfuersorge und Strafrecht in Vereinigten Staaten v. America*, Leipzig, 1905; Herr, *Das moderne amerikanische Besserungssystem*, Stuttgart, 1907; F. Cadalso, *Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos*, Madrid, 1914; e, mais recente, M. Liepmann, *Amerikanische Gefaengnisse und Erziehungsanstalten*, Mannheim 1927.

2) Fanny Dalmazzo, *L'Inghilterra e il problema della precoce delinquenza*, na revista *La scuola positiva*, I (nova serie), 1921, p. 404 e seguintes. Escriptos mais antigos : — Levy-Fleur, *La politique criminel des anglais*, Paris, 1911, e Struve, *Die Strafrechtliche Behandlung der Jugend in England*, Berlin, 1914.

3) Ligeiro historico dos antecedentes da actual reforma se encontra em Levy Carneiro. *A nova legislação da infancia*, Rio, 1924, p. 183 e seguintes. Na literatura patria, além dos trabalhos já citados : — Candido

são agora indispensáveis : — a criação de estabelecimentos apropriados e a formação e selecção de pessoal — juizes e auxiliares — que saiba pôr em pratica as novas idéas, os modernos methodos de educação e refôrma. 1).

Motta, **Os menores delinquentes e o seu tratamento no Estado de S. Paulo**, memoria apresentada ao Congresso Pan-Americano de Santiago, 1909 ; Franco Vaz, **A infancia abandonada**, 1915 ; Joaquim Candido de Azevedo Marques, **Menores abandonados e delinquentes**, S. Paulo, 1925 ; Beatriz Sofia Mineiro, **Codigo dos menores commentado**, S. Paulo, 1929 ; Lemos Britto, **As leis de menores no Brasil**, Rio de Janeiro, 1929 ; e João Chaves, **Sciencia penitenciaria**, Lisboa, 1912, p. 92 e seguintes.

1) O projecto de codigo penal, organizado pelo desembargador Sá Pereira, seguindo exemplos pouco recommendaveis, consagra um capitulo á menoridade. A critica, aliás muito rapida, dessa parte do projecto foi feita pelo dr. Mello Mattos, na **Revista de jurisprudencia brasileira**, I, p. 233. As normas que regulam tal materia não devem ser insertas em um codigo penal. Bem andou o projecto allemão (1927, § 15). Veja-se a censura de Petraccone ao projecto Ferri, na revista **La scuola positiva**, IV, p. 67. E tambem a exposiçào de motivos do projecto allemão.

Paragrapho 3.º — Os que por imbecilidade nativa, ou por enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação.

I. — Historicamente, o paragrapho que vamos analysar se prende ao codigo bávaro de 1813. Ahi se lhe encontra a origem. O artigo 3.º, n.º 3, desse monumento legislativo enumerava, entre os individuos isentos de toda pena (consoante a versão franceza) “ceux qui par imbecilité d’esprit seront absolument incapables d’apprécier sainement les conséquences de leurs actions ou d’en comprendre la criminalité”; e, no n. 4, “les personnes qui auront perdu l’usage de leur intelligence par suite de l’affaiblissement senile”. Poucas legislações se deixaram induzir pelo exemplo da obra feuerbachiana. As mais perfectas, com razão, não destacam a imbecilidade e o enfraquecimento senil como fórmulas especiaes de irresponsabilidade criminal.

Foi infeliz o legislador patrio na redacção do paragrapho supra. E’ pleonastica a expressão “imbecilidade nativa”, porque, deante dos ensinamentos da sciencia, toda imbecilidade é congenita ou nativa. Esse é um dos traços que a distinguem da idiotia.

Depois dos estudos de Esquirol e Voisin, é geralmente acceita a distincção entre essas duas fórmulas de degeneração psychica. Eugenio Tanzi, um dos mais eminentes sectarios da escola dualista, assim se exprime: — “A imbecilidade é congenita, emquanto que a idiotia é adquirida, embora ao despontar da vida. A imbecilidade é menos uma doença que uma anomalia mental, e não perturba grandemente nem o desenvolvimento geral do corpo, nem as funções nervosas de ordem inferior. A idiotia é o “reliquat” de processos anatomopathologicos, conduzindo a uma glyose mais ou menos geral, que se manifestam clinicamente por irregularidades caracteristicas de movimento, de trophismo, de sensibilidade e de intelligencia, mas nem sempre graves ou multiphas, antes, por vezes, tão attenuadas e circumscriptas que deixam a bom numero de cerebropathas mais intelli-

gencia que aos imbecis ...”¹⁾. Julio de Mattos, o insigne alienista português, escreve : — “A imbecilidade é uma degenerescencia, a idiotia uma enfermidade accidental. Os antecedentes hereditarios, multiplos e pesados nos imbecis, faltam ou são ligeiros nos idiotas. Os phenomenos somaticos, tributarios de lesões cerebraes ou propriamente pathologicos, não faltam na idiotia; na imbecilidade, a ausencia delles é a regra. Nos imbecis ha “perversões psychicas”, intellectuaes e affectivas, que nos idiotas se não observam. Como psychopathia accidental, a idiotia apparece episodicamente numa geração; como degenerescencia, a imbecilidade tem um lugar entre as psychopathias hereditarias”.²⁾

Quanto ao desenvolvimento da intelligencia, os idiotas representam o gráu mais baixo. Isso em regra. Elles podem, conforme a extensão e a multiplicidade das lesões encephalicas, igualar ou exceder aos imbecis. O ultimo escriptor citado observa : — “O idiota póde tanto descer pela inintelligencia ou anidismo abaixo da animalidade, como ficar ao lado ou acima do imbecil, sendo, em regra, muito mais educavel do que elle”.³⁾ Os imbecis conseguem ás vezes attingir certa elevação intellectual. Ella não passa, porém, de vulpineana (como se exprime o psychiatra mencionado).

Dada a insufficiencia ou debilidade mental dos imbecis e idiotas, somente em cada caso particular é licito affirmar se occorre ou não a responsabilidade criminal. O codigo patrio isenta dessa responsabilidade os imbecis que forem absolutamente incapazes de imputação, isto é, que não tiverem consciencia e vontade.

1) Franco da Rocha, em seu **Esboço de psychiatria forense**, p. 416, escreveu : — “A imbecilidade é um estado congenito, hereditario, o que não quer dizer que não ha casos de imbecilidade adquirida, e casos que só poderão ser distinguidos da congenita, se houver informações a respeito : — taes os consecutivos á febre typhoide nos individuos que ainda não attingiram o seu completo desenvolvimento psychico”. Se assim é, e quem o affirma é “maestro di color che sanno”, não merece o codigo a censura de pleonastico; mas não pode evitar a de incompleto ou lacunoso, pois deixou de fóra essa segunda fórma da imbecilidade.

2) Julio de Mattos. **Elementos de psychiatria**, 1911, p. 359.

3) **Ob. cit.**, p. 593.

Está claro que, tomada em sua significação rigorosamente scientifica, a phrase “imbecilidade nativa” não comprehende a idiotia. Os interpretes, porém, a ampliam a este caso. 1). Como se trata de favorecer o accusado, o emprego da analogia nada tem de incurial. O cretinismo, modalidade da idiotia, caracterizado por deformações do craneo e de diversas partes do corpo, é tambem abrangido.

II. Ao lado da imbecilidade, como o seu modelo, colloca o codigo o enfraquecimento senil. A velhice, por si só, não constitue motivo de irresponsabilidade criminal ou de responsabilidade minorada (restricta). Com ella, porém, muitas vezes se desenvolvem defeitos psychicos que excluem ou tornam duvidosa a imputabilidade. Esses defeitos culminam na demencia senil. O enfraquecimento ou perda das faculdades intellectuaes ou affectivas (moraes) soffre diversas gradações. Sómente em cada caso concreto, depois das indispensaveis averiguações, é possível decidir se existe ou não a imputabilidade.

A clausula “forem absolutamente incapazes de imputação” refere-se ás duas hypotheses previstas no paragrapho.

III. — Merece a velhice, pelas simples alterações mentaes que commumente acarreta, ser incluída no rol das circumstancias que attenuam a responsabilidade criminal?

A União Internacional de Direito Penal, em sua reunião de Budapesth, discutiu largamente o problema da velhice no ponto de vista do direito criminal. O resultado foi a acceitação da these, proposta por Lepmann : — “Le Congrès de droit pénal déclare qu’en dehors de l’alienation mentale déclaréé, les changements intellectuelles que la vieillesse provoque souvent, qui exigent ou reclament un traitement

1) Galdino Siqueira, **Direito penal brasileiro**, I, 251 ; Smith de Vascoñcellos, **As dirimentes do codigo penal**, p. 66. Franco da Rocha, no livro já citado, p. 411, diz : — “Raras são as questões forenses motivadas pela idiotia ; mesmo, porém, que o não fossem, não offereriam difficuldades ao perito. Já se não póde dizer o mesmo quanto aos imbecis, — pois elles entram constantemente em conflicto com a lei — provocando o exame psychiatrico”.

spécial, méritent d'être pris en consideration particulière dans le droit pénal". 1).

As legislações em geral nenhuma referencia fazem á velhice, quer como causa dirimente da responsabilidade, quer como attenuante. Mencionam-na, como dirimente, os códigos da Finlândia (cap. 3, § 3) e do Mexico (artigo 34, 4.^a). Como attenuante, este ultimo código (artigo 42, 3.^a) e o portugês (artigo 39.^o, 3.^a). O projecto brasileiro, elaborado pela Camara dos deputados, adoptou a attenuante de ser o réu maior de setenta annos. O dô desembargador Sá Pereira manda diminuir a pena, "quando da juventude ou velhice (do delinquente), se puder *legitimamente* concluir que é incompleta a sua formação moral, ou que a idade a desintegra" (artigo 130, VII). Em algumas legislações se encontram dispositivos, vedando o emprego de certas penas em relação a pessoas que hajam ultrapassado determinada idade. 2). O projecto peruano (1927) permite a substituição da prisão rigorosa pela prisão simples, no caso de ser o accusado maior de sessenta annos, sem antecedentes penaes. 3).

1) **Mitteilungen**, VIII, 404.

2) Assim, como exemplo, o código de Vaud dispõe, no artigo 19 : — "Nul ne peut être banni s'il a soixante et quinze ans accomplis".

3) Sobre o assumpto, em geral, merecem consultados : — Alimena, **I limiti e i modificatori dell'imputabilità**, II, p. 296 ; Bar, **Gesetz und Schuld**, II, 99 ; e sobretudo os relatorios e discussões do congresso da U. I. D. P., em Budapesth (1899) e do congresso de Anthropologia Criminal de Amsterdão (1901). Este ultimo adoptou a seguinte resolução : — "Para os efeitos penaes se considera começada a velhice aos setenta annos".

Parapho 4.º — Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime.

I. — No parapho anterior, referiu-se o codigo a duas fórmas de molestias mentaes. No que agora vamos examinar, seguiu systema diverso : — designa um estado — a completa privação de sentidos e de intelligencia. Não indica quaes as molestias ou causas de que esse estado póde ou deve resultar. Continuou o legislador patrio a se inspirar no codigo bavaro de 1813. Este codigo considerava isento de punição o facto resolvido e praticado “em uma perturbação qualquer dos sentidos ou da intelligencia, não imputavel ao agente, e durante a qual este não tivesse tido a consciencia do facto ou de sua criminalidade (artigo 121, § 9).

Excluindo o criterio psychologico contido nessa derradeira phrase, o legislador brasileiro, receioso de dar ao dispositivo uma amplitude inconveniente e perigosa, substituiu as palavras “perturbação qualquer” por “completa privação”. As expressões do codigo bávaro já haviam sido emendadas por outras legislações territoriaes da Allemanha. Assim a de Wuertemberg preferira dizer — “transitoria perturbação completa dos sentidos ou da intelligencia”. O mesmo fizera a de Baden (1845, § 76).

Innumeras foram as censuras feitas ao parapho que analysamos. Carvalho Durão escreveu que o estado de completa privação de sentidos e de intelligencia era incompativel com a actividade physica e psychica anormal necessaria para que houvesse um acto sobre cuja imputabilidade moral ou juridica se tivesse de pronunciar qualquer decisão. Que a these só comprehendia o cadaver, o corpo inerte e sem vida, incapaz de gesto ou acto imputavel physicamente. Que os tribunaes e juizes, não podendo deixar de conformar-se com o texto expresso do codigo, seriam forçados a condemnar todos os loucos que não padecessem de imbecilidade nativa ou enfraquecimento senil, pois o para-

grapho 4.º do artigo 27 não podia ter applicação a especie alguma de loucura. 1).

O dr. Baptista Pereira, em suas *Notas Historicas*, 2), explicou a fonte e o sentido dessa disposição. Embóra classificando-a de infeliz, defendeu-a o dr. João Monteiro. “Não é licito negar — são palavras do illustre professor — a possibilidade da existencia de pessoa viva completamente privada, em dado momento, de sentidos e de intelligencia. Basta abrir qualquer tratado de psychiatria e entender as lições de Ribot, Tardieu, Lombroso, Ziino, Schlager, Kraft — Ebing ou qualquer outra autoridade em psycho-pathologia legal. O Codigo Penal é muito ruim — tão ruim que nem sabe o que seja crime — mas ninguem tem o direito de suppor que naquella passagem se tivesse alludido ao defunto... Não, não é somente no cadaver que se dá completa privação de sentidos e de intelligencia”. 3).

O legislador de nosso país, trocando a phrase, ampla e vaga, do codigo que lhe serviu de modelo, pela de “completa privação”, quiz traduzir inequivocamente o pensamento de que, para acarretar a impunidade do autor de um factio criminoso, era mistér mais do que uma simples perturbação dos sentidos e da intelligencia. Essa perturbação devia ser de tão alto gráu, de tamanha intensidade, que privasse o agente da consciencia do acto praticado. 4). Infelizmente, na pratica, o pensamento do legislador foi de todo em todo desvirtuado.

O paragrapho que analysamos abrangia (com exclusão dos casos do paragrapho anterior) os loucos de todo genero (na phraseologia do codigo de 1830). Estendia-se mais a todos os estados transitorios em que o agente perdesse a consciencia da propria pessoa e do mundo externo, em que obrasse sem os presupostos necessarios á imputabilidade

1) Na revista **O Direito**, 1891, p. 181.

2) **Revista de Jurisprudencia**, II, 374.

3) **Applicações de direito**, p. 410.

4) Tambem o codigo austriaco falla em “completa privação” (volle Beraubung). E’ no mesmo sentido a interpretação de Stooss (**Lehrbuch**, 83).

(somnambulismo, hypnotismo, epilepsia, embriaguez, delirio febril, etc.). Pasmosa elasticidade alcançou esse dispositivo nas decisões do tribunal do jury. No Brasil inteiro, crimes indefensáveis, reveladores de requintada perversidade, lograram ficar impunes, sob o erroneo e escandaloso fundamento da completa privação de sentidos e de intelligencia.

O decreto n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923, em seu artigo 38, dispoz : — “No artigo 27, § 4.º do Código Penal, em vez de “privação”, leia-se “perturbação”. Se se pensou com essa emenda pôr um dique á corrente das absolvições injustas, força é confessar que nada se conseguiu. Ellas continuam como dantes. Se a exigencia de uma “completa privação” não era bastante para impedir o abusivo reconhecimento da dirimente, muito menos o será a da simples “completa perturbação”. Bem avisado teria andado o legislador brasileiro, se, em vez de modificar ligeiramente o texto do paragrapho 4.º, houvesse escolhido uma formula diversa, entre tantas que as legislações offerecem, mais de harmonia com os progressos da sciencia e com as necessidades da repressão penal.

A completa perturbação de sentidos e de intelligencia póde resultar de causas mui diversas. Entre ellas, porém, não devem ser incluídas as paixões (o amôr, o odio, a vingança, a honra, etc.), salvo quando estas penetrarem no dominio da pathologia. Paixões physiologicas, mesmo violentas, não pódem constituir dirimente da responsabilidade criminal. Serão, quando muito, motivos de abrandamento da pena. 5).

5) O projecto Rocco prescreve, no artigo 86^c : — “Gli stati emotivi o passionali non escludono, **ne diminuiscono** la imputabilità a termini dei due articoli precedenti.” Esses artigos tratam do vicio total (artigo 84) e parcial (artigo 85) da mente. O projecto Sá Pereira seguiu o exemplo, dizendo no paragrapho 1 do artigo 29 : — “Não se diz inconsciente áquelle que, em estado de vigília, obedece ás proprias paixões... , embora momentaneamente exacerbadas”. Lembremos a proposito a seguinte observação de Alimena, muito verdadeira : — “Se, nel caso concreto, si dimostri che la passione ha prodotto una vera e propria pazzia, apprezzabile dai periti, allora non bisogna piú nemmeno parlare di passione, ma bisogna soltanto di pazzia, perché, come sappiamo, data la malattia mentale,

II. — As legislações dos diversos povos se dividem em tres grupos, relativamente ao modo como regulam a questão da imputabilidade ou, mais rigorosamente, da não imputabilidade criminal. Algumas se limitam a indicar os estados de espirito que excluem semelhante imputabilidade. E' o systema (conhecido pelo qualificativo de psychiatrico ou biológico) do codigo francês, cujo artigo 64 falla apenas em "démence". Seguem-no tambem o codigo belga (artigo 171), o do cantão de Genebra (artigo 52), o português (artigo 42.º) e o japonês (artigo 39). Outras não mencionam estados anormaes (pathologicos) do espirito, mas se referem a determinados predicados psychicos, cuja falta acarreta a inimputabilidade, como, exemplificando, a liberdade da vontade. E' o methodo denominado psychologico puro. Poucos codigos o adoptam. Nesse pequeno numero está o de Zurich (§ 44).

A maioria das legislações dá preferencia a um systema ou methodo mixto. Os codigos deste grupo indicam, mais ou menos casuisticamente, certos estados anormaes de espirito ; mas, para que os juizes possam apreciar o valor de taes estados, que não é constante e absoluto, estabelecem diversos criterios, de natureza psychologica. Como condições psychicas, cuja falta dá lugar á exclusão da imputabilidade, elles apontam — a consciencia ou a liberdade dos proprios actos (codigo italiano, artigo 46), a consciencia do acto (codigo tessinês, artigo 46, § 1), a consciencia do acto ou de sua punibilidade (codigo de Berna, artigo 43), a possibilidade de conhecer as consequencias e a moralidade do acto (codigo de Friburgo, artigo 56 : de Vaud, artigo 51, 3), etc.

O projecto de um codigo unico para a Suissa, elaborado por Stooss, dizia, no artigo 8 : — "N'est pas punissable qui-conque au moment de l'acte était dans un état d'alienation mentale, d'idiotie ou d'inconscience". Esta fórmula, de-

non vi é alcuna ragione per distinguere dalle altre la follia derivata dalla passione o, piú in generale, dai patemi dell'animo, né questa dalla follia tossica, dalla puerpera le, o dell'isterica".

clarou o autor, fôra applaudida pelos mais afamados psychiatras do país (Wille, Forel, v. Speyr e Martin).

No seio da primeira commissão revisora, foi o criterio biológico que o projecto acolhera, fortemente combatido, sobretudo por Gretener. Eis um trecho de seu discurso, trasladado para a nossa lingua : — “E’ verdade que a questão da imputabilidade tem uma face psychiatrica. Póde até ser essa face, na vida pratica, a mais importante ; mas não exgota a questão. Esta possui tambem uma face psychologica e outra ethica. E’ em ultima analyse uma questão juridica. O perito verifica unicamente o estado do individuo submettido ao seu exame. E, apoiando-se neste, resolve o juiz a questão da imputabilidade. Para este fim, devem ser ministrados ao juiz certos criterios que lhe permittam aquilatar do valor que, no ponto de vista do direito criminal, deve ser attribuido a cada um dos estados de espirito, pois nem toda perturbação morbosa deste é capaz, por si só, de excluir a imputabilidade”. 1). Apesar da opposição do illustre professor de Berna, continuou mantida a fórmula proposta.

Na segunda commissão, o systema biologico encontrou ardente defensor em Gautier. Observou elle : — “A maior parte dos codigos actuaes, e notadamente de nossos cantões, tem abraçado outro systema, o dos criterios psychologicos. Neste systema, não póde o juiz contentar-se em verificar um estado physico ou mental ; é mistér ainda que elle aprecie em que e como este estado se tornou a origem da infracção. Deante de taes questões, o proprio psychiatra experiente e consciencioso fica perplexo ; e os codigos actuaes obrigam os juizes e até jurados a resolvel-as. O systema dos criterios psychologicos tem o defeito de collocar o juiz deante de uma questão insoluvél”. 2).

Com o intuito de conciliar as duas correntes, suggeriu Thormann uma formula que obteve a adhesão da maioria. O projecto revisto (1915) dispôz, no artigo 12 : — “Celui

1) *Verhandlungen der Expertenkom.*, I, 67.

2) *Protokol d. 2ten. Expertenkom.*, I, 113.

qui étant atteint d'une maladie mentale, d'idiotie ou d'une grave alteration de la conscience, ne possédait pas au moment d'agir la faculté d'apprécier le caractère delictueux de son acte ou de se déterminer suivant cette appréciation, n'est pas punissable".

Esse dispositivo apparece, sem a minima alteração, no projecto de 1918 (artigo 10). Copiou-o letra por letra o código do Perú (artigo 85, 1).

Os códigos mais modernos e os projectos de reforma adoptam todos o systema mixto (código argentino, artigo 34; turco, § 46; espanhol, artigo 55; projecto checo-eslovaco, § 21; grego, artigo 81; etc.) Em nosso país, por elle se manifestaram as preferencias. ¹⁾ Isso não devia ter passado despercebido ao legislador de 1923, que, demonstrando lamentavel myopia, se contentou com uma modificação inutil.

III. — A completa perturbação de sentidos e de intelligencia deve existir no acto de ser o crime commettido. Um estado dessa natureza posterior á pratica do delicto terá unicamente effeitos processuaes. Elle póde ser oriundo de dolo ou de culpa anterior do agente. Em semelhante hypothese, é este responsavel criminalmente pelo resultado? O problema tem sido immensamente debatido. A maioria das opiniões, nos mais diversos países, é em sentido affirmativo. Na Allemanha, os criminalistas em geral entendem que nas *actiones liberae in causa sive ad libertatem relatae* res-

1) Os projectos de reforma adoptaram esse methodo. No primeiro Congresso Medico Paulista, o dr. Rodrigues Doria, estudando o assumpto, chegou á seguinte conclusão: — "As disposições que estabelecem a irresponsabilidade por perturbações mentaes que alteram a **consciencia e a livre determinação dos actos** são as mais aceitaveis perante os progressos da psychiatria e sciencias correlatas". O projecto Sá Pereira contém esta disposição: — "Carecem de imputabilidade os que se encontrem em estado de alienação mental, idiotia ou inconsciencia, ou restricta ella será nos que apenas tiverem diminuida a facultade de normalmente determinar os proprios actos, embóra por causa morbida, que daquelles estados se approxime." Neste arresado periodo, a noção da imputabilidade é estabelecida pelo methodo biologico e a da imputabilidade restricta pelo psychologico. Os methodos são imperfeitos e nada explica a desigualdade.

pondem os agentes por dolo ou culpa, confôrme os casos. 1). Esta solução era consagrada em alguns dos antigos codigos em termos expressos. O actual, seguindo o exemplo do prusiano, guarda a respeito completo silencio. Allegou-se, em justificativa, que os principios bastavam para a resolução do problema.

Os sectarios da opinião dominante sustentam-na com o argumento de que o agente, collocando-se em situação de inimputabilidade, não deixa de ser causa do crime: transforma-se em instrumento de realização do proprio designio. Vollgraff compara o individuo que se embriaga, para, em estado de inconsciencia, perpetrar um crime, ao que pratica um acto delictuoso a mandado de outrem: — é um mandatario de sua consciencia anterior, do dolo que nella se formou. 2).

Alguns escriptores allemães negam terminantemente a possibilidade de imputação em todos os casos de *actio libera in causa*. Era dessa opinião o grande Savigny. 3). Assim pensa modernamente o monographista Katzenstein. 4). Outros só admittem, seguindo a velha teoria carpzoviana, uma responsabilidade por culpa.

Ha um grupo ainda, pouco numeroso, para o qual a responsabilidade ha de ser dolosa ou não existirá. 5).

Na Austria é corrente a responsabilidade do agente nas *actiones liberae in causa*. 6). Contém o codigo da Noruega disposição expressa a respeito (§ 45). 7). Em França, a doutrina reconhece a mesma responsabilidade, mere-

1) Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, 337, IV.

2) *Vermischte Abhandlungen*, I, 257.

3) Goltdammer, *Materialen*, I, 357.

4) *Die Straflosigkeit der actio libera in causa*, Berlim, 1901.

5) Binding, *Grundriss*, § 39.

6) Finger, *Strafrecht*, I, 17; Stooss, *Lehrbuch*, 85; Lammasch-Rittler, *Grundriss*, 86.

7) Na exposição de motivos se justifica esse procedimento. E se diz: — Contra esta disposição se tem objectado que lhe fallece importancia pratica. Esta existe pelo menos com referencia ás omissões, que em todo caso tambem entram no conceito das acções”.

cendo referencia especial as teorias de Gallet e Saleilles ¹⁾. Outro tanto acontece na Italia. O projecto Rocco, óra em estudos, occupando-se do estado voluntario ou preordenado de incapacidade, preceitúa : — “Se lo stato d’incapacità sia stato procurato al fine di commettere il reato, o di preparare una scusa la pena é aumentata”. Na Espanha nenhuma duvida se póde levantar deante dos termos finaes do artigo 55 do novo codigo : — “siempre que no se hubiere colocado en eso estado (de perturbación o debilidad mental) voluntariamente”. Na Suissa, alguns codigos regulam o caso, no mesmo sentido, expressamente. Os escriptores não discrepam da opinião *commun.* ²⁾. Os projectos de réforma, organizados nos varios países não se desviam tambem da solução tradicional. Alguns delles, como o grego (artigo 82) e o peruviano (artigo 146), são explicitos. Póde-se, pois, afirmar que a opinião universal reconhece a imputabilidade ou responsabilidade do agente no caso sujeito.

Como resolvel-o perante o nosso codigo ?

Depois de assignalar que o legislador patrio, ao redigir o paragrapho 4.º do artigo 27, calcado no modelo bávaro, supprimira a clausula — “não imputavel ao agente”, concluiu Lima Drummond da seguinte maneira : — “O intuito evidente do legislador brasileiro foi exigir, para que se caracterizasse devidamente a imputabilidade criminal, que o dolo fosse contemporaneo da execução do crime. Deste modo, se se puder demonstrar que no momento da execução do crime o agente se achava em uma perturbação completa da intelligencia e dos sentidos, occasionada pela embriaguez, embora procurada anteriormente para a pratica do crime, isto é, preordenada ao crime, não será elle responsavel criminalmente, porque terá em seu favor uma causa dirimente da imputabilidade, prevista no Codigo Penal, artigo 27, § 4.º”. ³⁾. Outro criminalista de grandes meritos, o dr. Galdino Siqueira, que, no artigo 13 de seu projecto, con-

1) Gallet, *La notion de la tentative punissable*, p. 112.

2) *Lehrbuch*, p. 104.

3) *Lições*, p. 136.

signara a idéa da imputabilidade no caso de embriaguez procurada (o caso mais frequente das *actiones liberae in causa*), “de lege lata”, opinou, estribando-se na *interpretação authentica* do dr. Baptista Pereira, que o código não admittia culpabilidade senão quando houvesse concomitancia do dolo com a execução do crime.

Esta exegése não se funda, a nosso ver, em razões convincentes. Se o legislador não incluiu no texto do parographo 4.º uma palavra ou uma phrase correspondente ao adjectivo “unverschuldeten” (sem culpa), do artigo 121 do código bávaro, dahi não se póde inferir, com rigor logicò, que a sua intenção haja sido reconhecer a não imputabilidade das *actiones liberae in causa*. A condição expressa por aquella palavra podia ter sido reputada superflua. O argumento deduzido das expressões “no acto de commetter o crime” carece de valor. O código allemão emprega a phrase “ao tempo da pratica do facto”, que é equipolente da nossa, e nella a doutrina dominante não tem visto um obstaculo que a obrigue a recuo. Decisivo é o momento em que a vontade se põe em acção. Isto se dá, quando o delinquente, tendo resolvido o crime, se colloca em situação de inimputabilidade, deixando o resto ao casualismo da natureza. O projecto checo-eslovaco, por exemplo, usa tambem de phrase identica — “ao tempo do facto”; e, apesar disso, como se vê na exposição de motivos (§ 21), elle reconhece a imputabilidade das *actiones liberae in causa*. Quanto á interpretação do dr. Baptista Pereira, só figuradamente se póde qualificar-a como *authentica*.

A nosso entender, em face do § 4.º, se póde e deve sustentar a opinião de que a *actio libera in causa* sujeita o agente a ser punido por dolo ou culpa, confórme as *hypotheses*. Assim se põe o nosso código em concordancia com a doutrina *commum* do direito criminal. 1).

1) No congresso penitenciario de S. Petersburgo foi a questão das *actiones liberae in causa* — questão academica, chamou-lhe Heinze — discutida. Sómte dois relatorios ou pareceres foram favoraveis á these da irresponsabilidade, os de v. Lilienthal e Duran Venosta. Com

IV. — Entre o estado de perfeita integridade mental e corporea e o estado contrario, varios gráus intermedios existem, ou podem existir, em que a responsabilidade dos actos praticados se torna menor, exigindo castigos mais brandos ou especiaes. E' o dominio do que, com phrase pouco acertada, 1) sóe denominar-se imputabilidade restricta, attenuada ou minorada. Objecto de porfiados debates tem sido esta materia. Os proprios escriptores, criminalistas e psychiatras, que acceitam a idéa de semelhante imputabilidade, divergem notavelmente em varios pontos, sobretudo no que diz respeito ao tratamento que aconselham para os delinquentes dessa categoria.

Estados de imputabilidade restricta se encontram :

- a) em certos periodos da vida, como a infancia, a adolescencia e a velhice ;
- b) em certos periodos physiologicos da sexualidade feminina, como nas occasiões de fluxo catamenial, gravidez, parto ou menopausa ;
- c) na debilidade de espirito e na surdo-mudez ;
- d) em certas molestias nervosas, como a histeria, a hypocondria e a epilepsia ;
- e) no alcoolismo, morphinismo, na febre e no traumatismo ;
- f) em casos de tara hereditaria ou consequentes a uma molestia mental.

Todos estes estados e outros cuja enumeração jamais seria exhaustiva podem perturbar o equilibrio da intelligencia, a integridade psychica do agente, collocando-o em

razão escreveu Alcantara Machado, **A embriaguez e a responsabilidade penal**, p. 77 : — "... não merece contemplação o individuo que se tornou livremente instrumento do facto delictuoso premeditado".

1) Na exposição de motivos do codigo norueguês se lê : — "Discutir se esta expressão é correcta não passa de inutil disputa de palavras". A verdade é que a imputabilidade existe ou não existe : — não admite graus. O que póde ser maior ou menor é a culpa (em sentido amplo). Belling, **Methodik der Gesetzgebung**, p. 139, mostra claramente o defeito da expressão. Technicamente perfeito, o projecto polaco (1918) falla em "culpa minorada".

nivel inferior ao que a lei presuppõe, para applicação da pena *commum* ou regular.

A idéa da imputabilidade restricta ou attenuada é vivamente impugnada como contraria ás necessidades da defesa social, dizendo-se que ella leva á applicação de penas brandas ou de pouca duração aos mais perigosos delinquentes. Allega-se que os reincidentes mais incorrigiveis se encontram entre os individuos favorecidos por essa attenuação. Os sectarios da escola positiva e os escriptores, mais ou menos ligados a essa corrente doutrinaria, são os mais intransigentes adversarios desse instituto. 1).

Sem embargo da tenaz opposição que lhe é movida, elle se alastra por toda parte. O codigo allemão não o acolheu. E isso veio a ser considerado como uma sensivel lacuna. Nos derradeiros annos do seculo passado e no começo do actual, reaccenderam-se, nesse país, as discussões acêrca desse interessantissimo thema. Nellas se empenharam os mais notaveis psychiatras e juristas. Assim que resultou a convicção geral de se dever acolher a idéa da responsabilidade restricta ou minorada na futura legislação penal. O projecto de 1909 regulou-a expressamente. 2). Dahi por diante, ella apparece em todos os projectos. O instituto da imputabilidade ou responsabilidade restricta figura nos codigos da Grecia (artigo 87), Dinamarca (§ 39), Finlandia (cap. 3, § 4), Italia (artigo 47), Noruega (§ 39), Japão (§ 39), Perú (artigo 90), e em outros mais. Os projectos suissos, seguindo o exemplo de varias legislações cantonaes, tambem inserem preceitos a respeito. O mesmo fa-

1) Garofalo, *Criminologia*, p. 217; Alimena, *I limiti e i modificatori*, II, 35; Impallomeni, *Istituzioni*, 288, etc. Entre os psychiatras — Lombroso, *Tropo presto*, p. 53; Tamassia, Tamburini, Miraglia, *Sunto delle osservazioni e dei pareri sugli emendamenti al lib. primo del prog. Mancini.*, p. 218. Entre os medicos italianos, fervoroso partidario da imputabilidade minorada era Ziino, *La fisio-patologia del delitto*, n. 84.

2) Na exposição de motivos se diz que a inclusão da imputabilidade restricta se tornou um reclamo quasi que geral da sciencia medica e juridica (p. 229).

zem os austriacos e outros. Está nesse numero o projecto Rocco (artigo 85).

Ponto de maxima relevancia é o relativo ás penas e medidas de segurança applicaveis aos delinquentes de responsabilidade restricta.. 1). Desse problema trataremos no commentario ao artigo 39.

1) Sobre o assumpto da imputabilidade restricta e das medidas e penas applicaveis aos delinquentes dessa especie devem ser lidos : — v. Bar, **Gesetz und Schuld**, II, § 14 ; Kahl, **Geminderte Zurechnungsfahigkeit**, na **Vergleichende Darstellung**, p. geral, I, 1 e seguintes ; Aschaffenburg em Hoche, **Handbuch der gerich. Psychiatrie**, 40 ; Wilmanns, **Die sogenannte verminderte Zurechnungsfahigkeit**, onde se encontra a mais completa bibliographia a respeito ; e Paulo Lefort, **De la responsabilité partielle en droit pénal**. Interessante reunião de opiniões em Gottschalk, **Materialen z. Lehre v. d. verm. Zurechnungsfahigkeit**, Berlin, 1904.

Paragrapho 5.º — Os que forem impellidos a commetter o crime por violencia physica irresistivel, ou ameaças acompanhadas de perigo actual.

I. — Como o codigo de 1830, enumera o actual, entre as dirimentes da culpabilidade, a coacção physica ou moral, a primeira quando irresistivel, e a segunda, quando acompanhada de perigo actual. No paragrapho 1.º do artigo 32 havemos de encontrar, com o character de justificativa, o que scientificamente se costuma denominar estado de necessidade.

Algumas legislações só dispõem a respeito da coacção (Codigo francês, artigo 64 ; belga, 71 ; austriaco, 2, g ; sueco, cap. V, § 5 ; etc.). Nos países em que ellas vigoram, a teoria do estado de necessidade é pura criação da jurisprudencia. ¹⁾ Outras incluem os dois casos, a força irresistivel ou coacção moral e o estado de necessidade, separadamente (Codigo allemão, 352 ; espanhol, artigo 8.º, ns. 9.º e 10.º ; argentino, artigo 34, 2.º e 3.º ; etc.) ou em um mesmo dispositivo (Codigo peruano, artigo 85, 3.º). Um terceiro grupo, mais numeroso, funde os dois casos em um unico — o do estado de necessidade (Codigo italiano, artigo 49, 3.º ; norueguês, § 47 ; turco, artigo 49, 3 ; etc.). Os projectos allemães, ouvindo as criticas feitas ao codigo vigente por Binding, Oetker e outros, abrangem no conceito do estado de necessidade a coacção moral. ²⁾ Da physica (*vis absoluta*) não se occupam. Entre nós, o projecto Galdimo seguiu o mesmo systema. O do desembargador Sá Pereira distingue as duas hypotheses, legislando, no artigo 43, sobre coacção, força maior e caso fortuito ; e, no artigo seguinte, sobre o estado de necessidade.

1) Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, III, 185 : — "... fu la sola applicazione lodevole de quella forza irresistibile che, piú tarde, doveva esser vinta dal ridicolo".

2) Contra, mostrando como differem os dois casos : — Hafter, *Lehrbuch d. schw. Strafrecht*, § 35.

II. — Entende-se por violencia physica irresistivel o emprego da força material contra alguém que, pelas suas condições pessoaes ou pelas circumstancias occorrentes, não possa offerecer resistencia efficaz. Essa impossibilidade não precisa ser objectiva : — basta que o paciente nella razoavelmente acredite. Póde ser indirecta, consistindo, por exemplo, na privação da liberdade de locomoção, em um encerramento. 1). Que o violentador se sirva ou não de um instrumento, é indifferente. A violencia physica irresistivel póde produzir a perturbação de sentidos e de intelligencia a que se refere o paragrapho 4.º do artigo. A vençivel póde conter uma ameaça. 2).

Evidente é a razão por que não ha responsabilidade criminal no facto praticado debaixo de coacção physica invencivel : — falta ao coagido a necessaria liberdade — *non agit, sed agitur*. Raramente essa coacção será causa de crimes commissivos. 3).

E' uma *quaestio facti*, entregue ao prudente criterio dos tribunaes, decidir quando ocorre uma violencia physica e se ella deve ou não ser tida como irresistivel.

II. — A ameaça é a promessa ou o protesto de causar um mal a outrem. Este póde ser o proprio coagido ou terceira pessoa. 4). A seriedade não constitue condição essencial da ameaça. Basta que a pessoa ameaçada nella acredite e que o agente disso tenha consciencia. 5). Exige a lei que a ameaça seja acompanhada de perigo actual. Cha-

1) Olshausen, **Kommentar**, § 52, 4 ; Frank, **Strafgesetzbuch**, § 52, 1 ; Binding, **Lehrbuch**, I, 83.

2) Berner, **Lehrbuch**, 105 ; Olshausen, **cod. loc.**, n. 5.

3) Cuello Calón, **Derecho penal**, p. 287 : — "...en los delitos de acción será rarísimo el empleo de la fuerza material, con más frecuencia se presenta en los delitos de omisión".

4) Em sentido diverso : — Lima Drummond, **Lições**, p. 147. O codigo não faz a restricção supposta por esse distincto criminalista. Deixando de referir-se a parentes, mostrou-se o legislador patrio bem orientado : — ouviu provavelmente as ponderações de Ortolan (**Eléments de droit pénal**, ns. 358 e 373).

5) Schwartz, **Strafgesetzbuch**, § 52, 3 ; v. Liszt-Schmidt, **Lehrbuch**, § 99. 2.

ma-se perigo a possibilidade, proxima ou remota, da realização de uma lesão. No caso, do mal ameaçado. Actual é o perigo existente no momento em que a ameaça se verifica. O perigo futuro em regra póde ser evitado. Dahi a exigencia da actualidade.

Quaesquer que sejam os bens ameaçados — a vida, a integridade corporea, a honra, o patrimonio — dar-se-á a dirimente? A lei não distingue: — *nec nos distinguere debemus*.¹⁾ Cumpre, porém, deante da amplitude do texto, ter muito cuidado na respectiva applicação.

Deve o perigo ser inevitavel? Algumas legislações, imitando o codigo bávaro (artigo 121), fazem menção expressa desse requisito. Apesar do silencio do paragrapho que commentamos, quer-nos parecer que, se o ameaçado tiver meio de evitar o perigo, não lhe assistirá o direito de invocar a dirimente. Entre o bem juridico posto em perigo e o lesado é mistér que se verifique certa proporcionalidade. Compete aos tribunaes apreciar-a.²⁾

A jurisprudencia patria tem decidido que a dirimente deste paragrapho presuppõe o concurso de tres pessoas — o violentador, o violentado e a victima.³⁾ Assim tambem se tem julgado, por exemplo, em Espanha.⁴⁾ Sem duvida, na generalidade dos casos, dar-se-á a intervenção de tres pessoas. Nada impede, entretanto, que, por excepção, seja a victima o proprio violentado ou até o violentador. A mulher que, sob ameaças acompanhadas de perigo actual, se entrega a outrem que não o seu marido, não pode ser condemnada por infidelidade conjugal. O

1) O codigo bavaro só alludia ao perigo de morte. O allemão falla em perigo para o corpo ou a vida.

2) Cuello Calón, *ob. cit.*, p. 290: "...pero esta apreciación no debe hacerse con un criterio riguroso, pues siempre el mal propio ha de parecer más grave que el ajeno, en este caso, creo, bastaria con que el agente hubiera obrado creyendo de buena fe en la mayor gravedad del mal que le amenazaba"

3) *O Direito*, XLIII, 116; *Rev. de Direito*, VIII, 494; *S. Paulo Judiciario*, XXI, 303; *Rev. do Supremo*, II, 464; etc.

4) Viada, *Código penal reformado*, I, 173; C. Calón, *ob. cit.*, 288.

medico que, debaixo de coacção, amputa um braço ou uma perna do violentador (para libertal-o do serviço militar ou por outro motivo, innocente, como no caso do dr. Thevenet da novella de Zschokke), não póde ser responsabilizado como autor de lesões corporaes. 1). Favorece-os a dirimente que estudamos.

Em processos perante o jury, tivemos occasião de ver, não poucas vezes, allegar-se a dirimente do constrangimento physico ou moral com o intuito de evitar que o conselho tivesse de responder aos quesitos, mais complicados, da legitima defesa. Essa pratica, erronea e abusiva, deve ser completamente abolida.

1) Os escriptores allemães não exigem necessariamente a intervenção de terceira pessôa (Frank, *ob. cit.*, § 52, I, 2 ; M. E. Mayer, *Der allg. Teil d. deut. Strafr.*, p. 314, n. 6 ; etc.).

Paragrapho 6.º — Os que commetterem o crime casualmente, no exercicio ou pratica de qualquer acto licito, feito com attenção ordinaria.

I. — O projecto de codigo penal organizado, em 1822, por Livingston, para o Estado de Luisiania, consignava, no artigo 37, o seguinte preceito (consoante a traducção franceza) : — “Nul évènement arrivé par méprise ou par accident dans l'exécution d'un acte legal, fait avec une attention ordinaire, n'est un délit”. Foi esta a fonte do paragrapho 4.º do artigo 10 de nosso antigo codigo criminal. Neste se inspiraram os de Espanha (1850) e Portugal (1852). O primeiro destes serviu de paradigma ás legislações hispano-americanas (Argentina, 81, 6.º ; Chile, 10, 8.º ; Perú, 8, 6.º ; Mexico, 34, 12 ; Uruguay, 17, 10 ; etc.). O paragrapho supra repete, pelas mesmas palavras, o dispositivo do código da monarchia. ¹⁾

Se o legislador se houvesse limitado a dizer que não seriam criminosos aquelles que commettessem o crime casualmente, teria expressado, embóra com censuravel incorrecção technica, cousa facilmente intelligivel. Seria isso a confirmação, aliás supervacanea ²⁾, do principio já enunciado no artigo 24, segundo o qual só as acções oriundas de dolo ou culpa (sentido estricto) constituíam crime, estando,

1) Os codigos de Portugal, da Argentina, do Perú e da Espanha, actualmente em vigor, supprimiram, por inutil ou redundante, o dispositivo concernente a essa dirimente. Em nosso país não a encontramos nos projectos João Vieira e Galdino. O do desembargador Sá Pereira, no artigo 43, se refere á força maior e ao caso fortuito. O projecto Rocco estabelece, academicamente (diz Ferri), que não é punivel quem commetteu o facto por caso fortuito ou força maior. O projecto peruan o (Cornejo—Placido Jimenez) declara isento de pena “el que obrare en ejercicio de un derecho, sin manifesto abuso del mismo, o el que praticando un acto licito, causare un mal por mero accidente”. Estes ultimos exemplos não merecem louvores.

2) Justa é a observação de Groizard : — “Quando o legislador falla e nada diz que de antemão não soubcssemos, perde algo em respeito e autoridade”.

portanto, excluídas as provenientes do acaso (caso fortuito ou força maior). Mas a reprodução foi completa. E assim apparece no alludido dispositivo a phrase “no exercicio ou pratica de qualquer acto licito, feito com attenção ordinaria” que lhe tira a simplicidade e a clareza.

Essa phrase não passa de mera explicação do conceito da casualidade, uma definição objectiva do caso fortuito, como bem notou Lima Drummond. ¹⁾ Para o nosso codigo, o caso fortuito exige duas condições : — o exercicio ou pratica de acto licito e o emprego da attenção ordinaria. O exercicio ou pratica de acto illicito pôde tornar o agente responsavel pelo caso fortuito — *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro caso.* ²⁾ O não emprego da attenção ordinaria (a “devida diligencia” das legislações hispano-americanas) pôde redundar em culpa (*sensu stricto*). ³⁾ Acto illicito é sómente aquelle que contravem as disposições da lei. ⁴⁾

1) Lições, p. 149.

2) Não tem razão Galdino Siqueira, quando assevera que o nosso codigo não acceitou semelhante doutrina (**Direito Penal Brasileiro**, I, 263). Os varios crimes em que, segundo o mesmo codigo, o agente responde pelas consequencias mais gravosas, sem dependencia de dolo ou culpa, provam o contrario. Nesses crimes é o agente punido **pro casu**. Esmeraldino Bandeira cita como applicação da regra *versanti in re illicita* o preceito contido no artigo 19, § 2.º (**Tratado de direito penal militar**, p. 333).

3) Florian, **Parte gen. del dir. penale**, I, n. 256 : — “Nel diritto odierno resta pur sempre che la prevedibilità é il criterio differenziale tra colpa e caso : la prevedibilità dell’evento elimina il caso e determina la colpa”.

4) Thomaz Alves, **Annotações**, I, p. 244, amplia o conceito do acto illicito ás violações dos preceitos de ordem moral. E’ opinião indefensavel. Entretanto, tem achado quem a repita.

Parapho 7.º — Os surdos-mudos de nascimento que não tiverem recebido educação nem instrução, salvo provando-se que obraram com discernimento.

I. — Surdo-mudo, define Lannoy, é o individuo que não se acha em relação com o mundo externo por intermedio dos sons e que não póde ter communicação com seus semelhantes por meio da palavra. 1). Em regra, o mutismo é consequencia da surdez, congenita ou adquirida nos primeiros annos da vida. 2). A linguagem oral se aprende pelos ouvidos. Quando estes orgams não funcçionam ou funcçionam muito imperfeitamente, torna-se impossivel aquella aprendizagem. O desenvolvimento intellectual e moral do individuo está em estreita dependencia desses dois meios fornecidos pela natureza — o ouvir e o fallar.

Desprovidos desses dons, os surdos-mudos se encontram em um insulamento que lhes não permite se elevarem acima dos seres humanos inferiores. 3). São elles por via de regra incapazes de imputação.

1) *La sourdi-mutité et les sourds-muets devant la loi*, p. 1. Para o estudo do assumpto deste parapho convém consultar-se — Bonnafont, *Responsabilité des sourds-muets*, Paris, 1879; Lunier, *Sur la responsabilité légale des sourds-muets*, nos *Annal. d'hygiène publique*, 1879, ps. 446 e seguintes; Walther, *Geschichte des Taubstummenwesens*, Bielefeld e Leipzig, Klasing, 1882; Giampietro, *De la responsabilité morale et criminelle des sourds-muets*, nas *Actes do II e. Congrès d'antropologie criminelle de Paris*, 1889, p. 240 e seguintes; Altavilla, *I sordomuti e la lege penale*, na *Rivista penale*, vol. 68, p. 227 e seguintes; Hoffmann, *Der Taubstumme im franzoesischen und deutschen Recht*, 1914.

2) Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, II, 195: — "... come dicono gli otologi, mentre l'udito é la porta d'entrata della parola, la favella é la porta di uscita e quindi, quando quella é chiusa, questa non si apre, perché la parola non é un atto riflesso innato, ma é un atto riflesso acquisito".

3) Aschaffenburg, no *Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie*, de Hoche, p. 82; U. Conti, no *Completo Trattato*, de Cogliolo, I, parte 2.ª, p. 369.

Felizmente, varios methodos têm sido excogitados para a educação e instrução dos individuos privados da audição e da palavra. E' verdadeiramente sorprendente o que, com a sua applicação, se tem conseguido nesse terreno. Os surdos-mudos, graças ao processo dactylológico (methodo francês) e, mais modernamente, ao de articulação (methodo allemão), se acham hoje na possibilidade de adquirir o gráu de cultura intellectual e moral commum aos outros homens. Podem até attingir os pontos mais elevados. 1).

Essa possibilidade abriu margem ao problema da responsabilidade criminal dos surdos-mudos. Assim se exprimindo, accrescentou Alimena : — "... e dico cosi, perché, si il sordo-muto restasse sempre nelle condizioni in cui nasce, egli sarebbe sempre inimputabile, e la nostra soluzione si raccoglirebbe in poche parole". 2).

A surdo-mudez se distingue em congenita e adquirida. A primeira anda muitas vezes ligada á hydrocephalia, ao idiotismo e ao cretinismo. 3). A segunda provém em geral da perda do organo auditivo na infancia.

O codigo, no paragrapho que commentamos, cópia servil do paragrapho 5.º, artigo 69.º do projecto Levy Jordão, estabelece a dirimente só em relação aos surdos-mudos de nascimento. E' uma restricção que se não justifica. Tambem a surdo-mudez adquirida no periodo inicial da vida, antes do individuo ter alcançado o desenvolvimento espirital necessario (*perfectus intellectus*), merecia ser comprehendida no dispositivo da lei. 4).

De conformidade com o alludido paragrapho, todo surdo-mudo que houver recebido educação ou instrução

1) Cita-se, como exemplo, o astronomo Goodrich. Podemos lembrar ainda a escriptora norte-americana Helen Keller. A celebre autora da *Story of my Life* e de outras obras admiraveis não tem sómente a infelicidade de ser surda-muda ; é tambem cega. Não tem sido poucos os artistas surdos-mudos de grande merito.

2) Alimena, *ob. cit.*, II, 198.

3) Lannoy, *Ob. cit.*, p. 9.

4) Neste sentido, Sousa Lima, *Tratado de Medicina legal*, I, 375 e outros.

é criminalmente imputavel. O que não se achar nessas condições sómente o é, se se provar que obrou com discernimento. O criterio da educação ou instrucção não dispensa o trabalho de se averiguar qual o gráu de cultura atingido pelo surdo-mudo. A sua utilidade é, portanto, muito relativa. ¹⁾ Porisso, e com razão, as legislações o têm abandonado. ²⁾ Ellas dão preferencia ao criterio do discernimento. Mas os mesmos motivos que levam á condemnação desse criterio, quando se trata da criminalidade da adolescencia o repellem no caso dos surdos-mudos. Acresce que estes, apresentam mui frequentemente não só defeitos da intelligencia, senão tambem importantes anomalias da vontade. ³⁾

Plena é, perante o nosso direito, a responsabilidade criminal dos surdos-mudos educados, instruidos ou que tenham agido com discernimento. A surdo-mudez não figura sequer no numero das cricumstancias attenuantes. ⁴⁾ Aos menores de dezoito annos applicam-se as disposições do respectivo codigo.

II. — A maioria das legislações criminaes não se occupa expressamente dos surdos-mudos. Constituem grupo divergente a belga (Codigo, 76), a allemã (§ 58), a hungara (artigo 88), a italiana (57 e 58) e a turca (1926, §§ 57 e 58). Em nosso continente, a uruguay e a nossa. Os projectos de refórma tambem apresentam igual diversidade. O allemão de 1909

1) Carrara, *Programma*, p. ger., § 246 : — “La responsabilita non nasce dalla istruzione data; ma dal risultato dell’acquisizione dei lumi”. No mesmo sentido, U. Conti, *ob. cit.*, *cod. loc.*, p. 375 : — “... non é dalla istruzione ricevuta o meno che potrebbero derivarsi conclusioni attendibili, ma dagli effetti conseguiti alla istruzione medesima, effecti que non possono esaminarsi se non singolarmente dal giudice”.

2) Algumas faziam consistir a instrucção apenas no saber ler e escrever. E’ o systema ainda do codigo do Uruguay (artigo 17, 5.º).

3) v. Lilienthal, *Vergleichende Darstellung*, A. T., V, p. 161.

4) Os codigos do Mexico (artigo 42, 2.ª) e do Uruguay enumeram a surdo-mudez entre as attenuantes. Tambem o codigo espanhol (1928) a aponta entre as condições pessoases do delinquente que lhe attenuam a responsabilidade. A omissão de nosso codigo foi censurada por Vieira de Araujo e outros.

nenhuma disposição inseria a respeito. Mas os posteriores voltaram ao systema do codigo vigente. Os suissos apenas determinam que os surdos-mudos deverão ser submettidos a exame pericial. O projecto Rocco dispõe no artigo 92 : — “Non é imputabile colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva la capacità di intendere o di volere a cagione di sordo-mutismo. Se la imputabilità era grandemente scemata, ma non esclusa, la pena é diminuita”. No direito italiano actual, o surdo-mudo, quando impuetavel, é sempre punido com uma pena minorada. 1). Segundo o projecto, essa minoração sómente se verifica se a imputabilidade se acha “grandemente scemata”.

Em nosso país, o projecto Galdino nada dispunha a respeito dos surdos-mudos. O do desembargador Sá Pereira preceitúa (artigo 32) : — “Consoante a instrucção e o desenvolvimento psychico do surdo-mudo, por excluida ou diminuida se lhe terá a imputabilidade”. Essa fórmula é demasiadamente vaga.

III. — Discutem os escriptores allemães, em face do codigo de seu país, se é possivel ampliar a irresponsabilidade estabelecida para os surdos-mudos aos individuos que, embora são de espirito, por ausencia de educação e instrucção, não possuam certo grau de desenvolvimento intellectual e moral, como os selvicolas. As opiniões se bipartem, affirmando uns que sim (Haelschner, Frank, Meyer-Allfeld, etc.) e outros que não (v. Liszt, Olshausen e outros). Entre nós tambem essa questão podia ser suscitada. Mas a lei n. 5.484, de 27 de junho de 1928, adoptou preceitos especiaes a respeito dos crimes praticados por indios. O artigo 29 desse diploma equipara aos menores de que trata o artigo 30 do codigo penal os indios nomades, os arranchados ou aldeados e os que tenham menos de cinco annos de estabelecimento em povoação indigena. O paragrapho 2.º desse artigo define o que se entende por — estabelecido em povoação indigena. O indio de qualquer das tres

1) O systema do codigo italiano é applaudido por Aschaffenburg, *ob. cit.*, p. 85 ; v. Bar, *Gesetz und Schuld*, II, 102 e outros mais.

categorias que tiver praticado qualquer infracção, obrando com discernimento, será recolhido, mediante requisição do inspector competente, a colonias correcionaes, ou estabelecimentos industriaes disciplinares, pelo tempo que ao referido inspector parecer, com-tanto que não exceda de cinco annos (§ 1.º). A proposito dos indios que tiverem mais de cinco annos de residencia em povoação indigena, manda a lei applicar sómente metade das penas comminadas pelo codigo. O artigo 30 declara que as circumstancias aggravantes previstas nos artigos 39 e 41 do mesmo codigo não influem na applicação das penas aos indios das tres primeiras categorias. O paragrapho unico diz que as attenuantes do artigo 42 influem. Os indios nas condições do artigo 29 não poderão soffrer prisão cellular. Esta será substituida por prisão em estabelecimentos especiaes (Codigo Penal, 49). O artigo 32 sujeita “como qualquer cidadão, ao regime commum de direito, os indios que passarem para os centros agricolas, de que trata o decreto n. 9.214, de 15 de dezembro de 1911.” 1).

O codigo do Perú se occupa, no artigo 44, dos delictos perpetrados por selvagens ; e, no artigo 45, dos commetidos por indigenas semi-civilizados “ó degradados por la servidumbre y el alcoolismo”. O projecto da commissão parlamentar (1928) considera attenuada a imputabilidade do agente “quando fuere un salvaje, o un indigena semicivilizado, ignorante del idioma castellano, si el delito no está penado con presidio o penitenciaría, con minimo superior a cinco años”. O projecto Sá Pereira contém o seguinte preceito : — “Consoante a sua selvageria, a imputabilidade do selvagem se terá por excluida ou diminuida”. A noção da selvageria é muito imprecisa, para que possa servir de criterio á determinação da imputabilidade.

1) Essa lei, que se encontra reproduzida na **Revista dos Tribunaes**, vol. LXVI, p. 649 e seguintes, contém uma parte relativa a crimes contra indios. O artigo 27 pune de accordo com os artigos 180, 181 e 182 do codigo penal, “todo aquelle que, abusando da boa fé, ingenuidade ou atrazo mental do indio, sujeital-o á exhibição ou espectaculos, deante de terceiros, com o fim de tirar disso lucro ou proveito”. E’ uma interessante figura criminosa.

Art. 28. — A ordem de commetter crime não isentará da pena aquelle que o praticar, salvo se fôr cumprida em virtude de obediencia legalmente devida a superior legitimo e não houver excesso nos actos ou na fórma da execução.

I. — O individuo que pratica uma acção criminosa por ordem de outrem é responsavel como autor material. Quem ordena é o autor intellectual ou moral do crime. A ordem presuppõe uma relação de dependencia, a qual póde resultar de varias circumstancias, como, entre outras, a dos vinculos de familia. Dessa dependencia se origina o dever de obedecer. Mas a obediencia reverencial, dos filhos para com os paes, e a domestica, dos empregados para com os patrões, da mulher para com o marido, jamais servem, por si sós, de excusa ao delicto. ¹⁾ As ordens são muitas vezes acompanhadas de violencias e ameaças. Em taes casos, poderão estas constituir motivo dirimente da responsabilidade criminal. ²⁾

O artigo supra, declarando a inefficacia da ordem para isentar da pena, abre a seguinte excepção : — “salvo se fôr cumprida em virtude de obediencia legalmente devida a superior legitimo e não houver excesso nos actos ou na fórma da execução”.

Em face desse dispositivo, tres são os requisitos da excepção :

- a) que a ordem emane de superior legitimo ;
- b) que seja cumprida em virtude de obediencia legalmente devida ; e,
- c) que não haja excesso nos actos ou na fórma da execução.

Façamos ligeira explanação a respeito desses requisitos.

1) Carrara, *Programma*, p. g., § 315 e 316 ; Chauveau et Hélie, *Théorie du code pénal*, ed. belga, I, 918 e seguintes ; M. E. Mayer *Der allg. Teil d. Strafr.*, p. 334.

2) Bar, *Gesetz und Schuld*, III, 103, n. 166 ; J. de Asúa, *Derecho penal moderno y espanol*, I, 480.

Superior legitimo é aquelle que, em uma administração organizada com fundamento no systema hierarchico, occupa um lugar mais elevado. Quem diz hierarchia enuncia a idéa de que o superior goza de certo poder sobre o subalterno e que este deve obediencia áquelle. 1). Muito bem escreveu Giriodi : — “O preceito da obediencia é consequencia necessaria do principio da subordinação hierarchica, porque sem a obediencia do inferior ao superior desappareceria a unidade organica da hierarchia administrativa e a acção directiva do Estado nos diversos campos de sua actividade ficaria totalmente desprovida de coordenação e perderia grande parte de sua efficacia : porisso todos os funcçionarios publicos, qualquer que seja o seu gráu e a sua autoridade, são obrigados á obediencia”. 2).

Até que ponto vae esse dever?

Em outros termos, até onde é legalmente devida essa obediencia?

Certa escola, que floresceu nos tempos do despotismo, pregava a doutrina de que o subalterno era obrigado a obedecer cegamente, passivamente, *ut cadaver*. Em nossos dias os povos livres e os Estados civilizados reconhecem que, no interesse da propria ordem juridica, o dever de obediencia necessita soffrer limitações, não pôde ser absoluto. Quando, porém, se trata de estabelecê-las, surgem as mais descontraídas opiniões.

Sustentou-se que o funcçionario publico, alimentando duvidas a respeito da legalidade de uma ordem, devia pedir ao superior que a reiterasse ou confirmasse ; e, sendo a mesma mantida ou reproduzida, lhe corria o estricto dever de cumpril-a. Percebeu-se, porém, desde logo que essa teoria (*Remonstrationstheorie*) não passava, em seus effeitos, de uma modalidade de outra já irremessivelmente condemnada — a da obediencia absoluta. 3).

1) Pacinotti, *L'impiego nella publica amministrazione*, p. 203.

2) Orlando, *Tratatto di dir. amministrativo*, I, 306.

3) Battenberg, *Das auf Befehl begangene Verbrechen*, Breslau, 1916, p. 44.

Modernamente, convergem os escriptores em admittir a these de que o funcionario publico tem o dever e, respectivamente, o direito de examinar a legalidade da ordem que lhe é dada. Mas as maiores discrepancias se manifestam na determinação da amplitude desse exame. Para alguns, elle deve comprehender tanto a fórma como a substancia da ordem. 1). Para outros, sómente aquella. Contra a primeira se allega que ella é inteiramente inconciliavel com o interesse que tem o Estado de não ver perturbada a actividade de seu mechanismo. Que introduz a anarchia na administração publica. Que, se o funcionario tivesse de apreciar a legalidade de todas as ordens que recebesse, talvez não lhe sobrasse tempo para executal-as. Que muitas vezes não pôde o funcionario conhecer as circumstancias das quaes depende a legalidade da ordem. Que não raro lhe fallece a capacidade mental necessaria á formação de um juizo seguro a respeito dessa illegalidade. 2). Contra a segunda se adduz que, restringindo-se á face formal da ordem exclusivamente o exame permittido ao funcionario, poderá este ser arrastado a praticar actos illegaes ou criminosos.

Para escapar dessa objecção, na realidade muito séria, propugnam alguns uma solução menos radical: — a ordem revestida das formalidades legaes deve ser obrigatoria, menos quando envolva ou importe um acto criminoso e disso tenha o funcionario consciencia. Assim pensa, por exemplo, o monographista Battenberg. 3). Na opinião de M. E. Mayer, tem o funcionario o dever de verificar a legalidade formal da ordem e o direito de fazer o mesmo com relação á legalidade material. E' um direito que lhe não pôde ser negado. Mas, exercendo-o, e recusando-se a cumprir a ordem, expõe-se o subalterno ás consequencias da recusa, que não lhe pôde

1) Loening, *Lehrbuch d. deut. Verwaltungsrechts*, p. 122 e seguintes; Tiessen, *Die strafrechtlichen Wirkungen d. rechtswidrigen Befehls*, p. 19; Lewin, *Die staats un strafrechtliche Behandlung d. rechtsw. Befehls*, p. 16.

2) W. v. Ammon, *Der bindende rechtswidrige Befehl*, p. 70.

3) *Ob. cit.*, p. 50 e seguintes.

ser facilmente desculpada, pois contraria o espirito de subordinação e confiança. 1).

Estas diversas teorias têm sido censuradas pelo facto de estabelecerem uma regra unica para todas as categorias de funcionarios. Otto Mayer, Heilborn e outros dizem que é mistér fazer distincções, pois funcções publicas existem, mais ou menos autonomas, nas quaes aquelles que as desempenham não pódem deixar de ter o direito de averiguar a legalidade material das ordens que recebem. Para os escriptores deste grupo, o character do emprego e a natureza das respectivas attribuições determinam os lindes do dever de obediencia e do direito de exame. Os que combatem esta opinião acoimam-na de praticamente inexequivel ou de execução muito difficil.

A succinta exposição que acabamos de fazer patenteia a delicadeza e transcendencia do problema. As legislações em regra não o resolvem. 2). E a sciencia ainda não chegou a uma conclusão satisfactoria.

A legalidade da ordem, segundo o nosso direito, é condição essencial do dever de obediencia. O artigo 229 deste codigo sujeita á responsabilidade criminal o executor de ordens ou requisições illegaes. Fica, porém, de pé a questão de saber se o subalterno póde ou deve submeter a ordem a exame, recusando-se a cumpril-a, quando ella se lhe afigure illegal. Para nós, se o superior é competente (*ratione loci, ratione materiae* ou *personae*) para emitir a ordem; se o subalterno tambem o é, para dar-lhe execução; se a ordem se acha revestida da fórmula prescripta pela lei, não póde a obediencia ser recusada. A ordem é vinculativa

1) *Ob. cit.*, p. 338.

2) Dos países europeus é a Suissa o que mais longe leva o dever da obediencia. O artigo 28 do codigo penal federal dispõe: — “N’est pas punissable l’act d’ailleurs illicite qui a été commis par un fonctionnaire ou un employé, ensuite d’un ordre formel et competent relatif á des fonctions ou á un service public, émanant de l’autorité ou fonctionnaire qui lui est supérieur. En revanche, l’autorité ou le fonctionnaire est responsable de l’ordre donné et de son execution”. Este amplo dispositivo — observa Hafter — só se explica pela adopção de um cego dever de obediencia, imposto ao funcionario.

Ao subalterno não corre a obrigação, nem assiste o direito de examinar-lhe o conteúdo material. Isto, todavia, não quer absolutamente significar que, tendo conhecimento da illegalidade do acto ordenado, de sua criminalidade (que póde ser manifesta), deva elle pratical-o. Occorrendo esta hypothese, cumpre ao subalterno, para se livrar de responsabilidade criminal, desobedecer. ¹⁾ A illegalidade não deve ser confundida com a inconveniência ou injustiça da ordem. E' unicamente falta de apoio na lei.

O terceiro e ultimo dos requisitos da excepção aberta pelo artigo que commentamos é que não haja excesso nos actos ou na fórma da execução. Exceder a ordem é agir fóra della e sem ella. E' agir por conta propria. Sómente attendendo-se ás circumstancias de cada caso particular é possível asseverar se ha ou não excesso. Em geral, este será attribuível a demasiado zelo, á culpa do executor.

A ordem, encarada no seu aspecto formal (comprehensivo da competencia reciproca de quem a dá e de quem a recebe), póde ser de legitimidade duvidosa. Cumprindo-a, terá o subalterno, para desculpal-o, o erro em que porventura haja incorrido. Devemos notar que, em toda a materia da obediencia hierarchica, tem o elemento do erro a maxima importancia.

II. — A circumstancia da obediencia devida constitue uma justificativa ou representa apenas uma excusa de natureza subjectiva, uma dirimente da culpabilidade?

O assumpto é grandemente controvertido entre os escriptores allemães. A pluralidade delles entende que essa obediencia exclue o character delictuoso da acção : — é uma

1) No artigo 229 insere o codigo a seguinte definição : — “São ordens e requisições illegaes as que emanam de autoridade incompetente, as que são destituidas das solennidades externas necessarias para sua validade, ou são **manifestamente** contrarias ás leis”. Por argumento a **contrario** : — são legaes as ordens e requisições emanadas das autoridades competentes, com as necessarias solennidades externas, ou que não sejam **manifestamente** contrarias ás leis. E' o reconhecimento de ordens e requisições, materialmente illegaes, obrigatorias ou que não acarretam a responsabilidade criminal do executor.

justificativa. ¹⁾ Mas irresponsivelmente se objecta que a execução de um acto illegítimo, embóra ordenado por outrem, não pôde deixar de ser uma acção delictuosa. E que só assim se explica a responsabilidade do superior. Frank e Koehler vêem na obediencia, se a ordem é legal, uma justificativa da acção ; e, se o não é, uma justificativa da pessoa, que a põe em salvo da responsabilidade. Como causa excludente da culpabilidade a consideram M. E. Mayer ²⁾, Hegler ³⁾, Sauer ⁴⁾, e outros. A divergencia tambem se nota na literatura juridica italiana. A maioria dos criminalistas desse país adopta a doutrina da exclusão da culpabilidade. Nesse numero se devem incluir Ferri e Florian ⁵⁾, para os quaes, nos casos da obediencia, assim como nos da legitima defesa e do estado de necessidade, a punibilidade é eliminada pela legitimidade do motivo e do fim. Os franceses preferem a idéa da legalidade objectiva do acto, a qual mais se adjectiva com a letra do codigo (artigos 327 e 328) : — “Il n’y a ni crime ni délit”. O mesmo fazem os espanhóes. ⁶⁾

Em nosso país, reputa-se como justificativa do acto a obediencia legalmente devida, embóra o codigo a declare simplesmente motivo de isenção da pena (excusa absoluta). ⁷⁾ A questão não é de puro technicismo ; tem tambem importancia pratica. ⁸⁾

III. — Algumas legislações deixam em silencio a responsabilidade do inferior, quando este age por ordem de superior hierarchico. Acham superfluas disposições expressas

1) Beling, *Grundzuege*, p. 37 ; van Calker, *Grundriss*, p. 30 ; v. Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, § 35, 1 ; Girginoff, *Der bindende Befehl im Strafrecht*, p. 22 ; e muitos outros.

2) *Ob. cit.*, p. 334.

3) *Zeitschrift fuer die ges. Strafrechtsw.*, XXXVI, 215.

4) *Grundlagen des Strafrechts*, ps. 322 e 642.

5) *Parte generale del dir. penale*, I, § 51.

6) J. de Asúa, *ob. cit.*, ps. 352 e 479 ; Cuello Calón *Derecho penal*, p. 301.

7) Lima Drummond, *Lições*, p. 150 ; Galdino Siqueira, *Projecto de cod. penal*, p. 65.

8) Vidal, *Cours de droit criminel*, p. 305.

sobre o assumpto. Entregam á doutrina a solução das duvidas que possam apparecer. Assim procede, por exemplo, o codigo allemão. As outras se dividem em dois grupos : — umas só proclamam o principio da obediencia em algumas hypotheses especiaes (Codigo francês, artigo 327 ; sueco, capitulo V, § 9 ; romeno, artigo 355) ; outras consagram um principio geral (Codigo hollandês, § 43 ; italiano, artigo 49,1 ; peruano, 85, 5 ; argentino, 34,5 ; turco, § 49 ; espanhol, de 1928, artigo 61, 2.º ; etc.). Seguem este rumo o projecto checo-eslovaco (§ 22), o grego (artigo 90), os italianos (Ferri 19, 3.º ; Rocco, 53), o peruano (artigo 149, 2.º, letra c) e os nossos. ¹⁾ Com razão se tem duvidado da necessidade ou conveniencia de incluir, na parte geral dos codigos, um dispositivo a respeito da não punibilidade do acto licito, proveniente do cumprimento da lei ou de uma ordem legitima de superior hierarchico. ²⁾

IV. — E' sobretudo na esphera do direito penal militar que o problema da obediencia ás ordens dos superiores hierarchicos assume a mais alta importancia. São condições fun-

1) O projecto Sá Pereira dispõe no artigo 48 : — “Não commette crime aquelle que executa a lei, ou obedece a superior hierarchico, mas responderá pelo excesso com que se tiver havido.

Paragrapho 1.º — Para que a obediencia hierarchica elida a criminalidade, os seguintes requisitos são necessarios :

I. — que exista alguma ordem de serviço ;

II. — que esta emane de autoridade competente e se contenha nos limites de sua attribuição ;

III. — que a acção ou omissão impostas na ordem não sejam de illegalidade evidente aos proprios olhos de quem deva executar-a”. Tomou o autor do projecto como paradigma o codigo russo de 1903, cujo artigo 44 assim preceitúa (segundo o traducção francesa) : — “N'est réputé criminel le fait commis en execution de la loi, ou d'un commandement de service donné par une autorité compétente, dans les limites de ses pouvoirs, sous l'observations des règles á ce prescrites, et lorsque ce commandement n'ordonnait pas une infraction évidente”. Ficou desattendida a justa observação de Kleinfeller a respeito da redundancia da clausula : — “nos limites de suas attribuições”. E supprimiu-se outra, indispensavel : — a que se referia ás formalidades externas da ordem.

2) Kleinfeller, *Vergl. Darstellung d. deut. und ausl. Strafr.*, p. geral, I, p. 321.

damentaes de um exercito bem organizado e capaz de pre-
encher o nobre fim de sua creação a disciplina e a obediencia.
Mas, apesar de sua rigidez e severidade, a disciplina militar
não póde transformar em machinas ou automatós aquelles
que lhe estão sujeitos. Estes conservam a sua consciencia
e liberdade. Deante de ordens de legalidade duvidosa,
devem obedecer. Mas, quando a illegalidade seja grosseira
ou evidente, não pódem fazel-o, sem que incorram em res-
ponsabilidade criminal. A Constituição brasileira, en. seu
artigo 14, estabelece este principio : — “A força armada é
essencialmente obediente, dentro dos limites da lei, aos seus
superiores...” A phrase “dentro dos limites da lei” tra-
duz claramente a idéa de que presupposto do dever de obe-
diencia é a legalidade da ordem. Se na hierarchia civi!
não se póde reconhecer ao subordinado o direito de examinar
o conteúdo material da ordem, como já dissemos, menos
ainda será isso toleravel na hierarchia militar. 1).

Tanto o codigo penal commum (artigo 48, § 8.º) como
o da Armada (artigo 37, § 6) consideram a obediencia hierar-
chica, que não póssa servir de eximente da punição, como
circumstancia attenuante.

1) Sobre a obediencia militar, na literatura brasileira : — Chry-
solito de Gusmão, **Direito penal militar**, p. 69 e seguintes ; Esmeraldino
Bandeira, **Direito penal militar brasileiro**, n. 300 e seguintes.

Art. 29. — Os individuos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues a suas familias, ou recolhidos a hospitaes de alienados, se o seu estado assim exigir para segurança do publico.

I. — Determina o codigo neste artigo (copia mutilada do artigo 70.º do projecto Levy Jordão) o destino que deve ser dado aos individuos absolvidos por motivo de affecção mental (artigo 27 §§ 3.º e 4.º). E divide-os em duas classes — a dos perigosos e a dos que não o são. Os primeiros serão recolhidos a hospitaes de alienados; e os segundos entregues a suas familias.

A internação dos individuos absolvidos pelo referido motivo em estabelecimentos adequados é medida de segurança que as mais diversas legislações adoptam, embóra sem uniformidade em pontos de superlativa relevancia. Algumas dão aos juizes a attribuição de resolverem acêrca da internação; outras a confiam ás autoridades administrativas. Esta divergencia se manifesta tambem relativamente á cessação da sobredita medida.

Qual destes dois systemas merece preferencia?

Aschaffenburg, que se occupa do assumpto *ex professo*, considera verdadeiramente modelar a solução do direito italiano. 1). O codigo penal desse país, na segunda parte do artigo 46, prescreve: — “Il giudice, ove stime pericolosa la liberazione dell'imputato prosciolto (por “enfermitá di mente”), ne ordina la consegna all'autoritá competente per i provvedimenti di legge”. Os artigos 13 e 14 das disposições para execução do codigo estabelecem que o accusado absolvido será entregue á autoridade de segurança publica, a qual o fará recolher, em observação, em um manicomio. As autoridades judicarias, deante da sentença de absolvição, *ex officio*, depois das necessarias diligencias, ordenam o recolhimento definitivo ou a soltura. A ordem de internação póde ser revogada pelo presidente do tribunal civil, a re-

1) *Vergleichende Darstellung*. A. T., I. p. 113.

querimento das partes ou até *ex officio*, desde que deixem de existir as razões que motivaram a providencia tomada. Tem além disso o mesmo presidente o direito de autorizar a entrega da pessoa recolhida a quem queira assumir o encargo de conserval-a sob sua guarda e offereça garantias sufficientes. Como se vê, na Italia a sôrte do delinquente absolvido por alienação mental está nas mãos do poder judiciario. A internação provisoria é da competencia do juiz criminal; a definitiva do juiz civil. Sómente este pôde fazer cessar a medida que houver decretado.

Em outros países, o destino do alienado perigoso, absolvido, é entregue ás autoridades administrativas. Isso acontece, por exemplo, na Allemanha. Ahi nenhuma influencia têm os juizes na sôrte dos réus absolvidos de accôrdo com o paragrapho 51 do codigo penal. Taes réus são enviados ás autoridades policiaes, que deliberam como lhes parece mais conveniente. Os projectos de refôrma procuram preencher a lacuna do codigo em vigor. O primeiro delles (1909) concede aos juizes a faculdade de fazerem internar os individuos absolvidos por motivo de inimputabilidade (§ 63) ou de imputabilidade diminuida em estabelecimento publico de cura ou preservação. A decisão judicial (do juiz criminal) obriga a policia a providenciar sobre a execução da medida decretada. Mas a escolha do estebelecimento, o tempo de duração do recolhimento e a respectiva cessação competem á mesma policia, com recurso, nos dois ultimos casos, para as autoridades judicarias. O segundo (1913) torna dependente de ulterior decisão judicial o recolhimento que excede de dois annos. E prescreve que o juiz ou tribunal determinará tambem quando a sua decisão deverá ser de novo provocada. No de 1925 soffre o instituto importantes modificações: — o prazo do recolhimento é fixado em tres annos; e a soltura só se verifica com approvação judicial, sendo sempre condicional (*auf Probe*), isto é, revogavel, se se mostra que o objectivo da internação não foi alcançado ou que se tornou a mesma novamente necessaria. No de 1927 disposições analogas se nos deparam. O estudo desses projectos nos revela a preocupação de restringir cada

vez mais a acção das autoridades administrativas. Na Hollanda, tem o juiz a faculdade de determinar que o individuo absolvido por falta de imputabilidade seja collocado em um hospicio de alienados por espaço de tempo não superior a um anno. Decorrido esse periodo, cabe ás autoridades administrativas tomar as providencias que o caso exigir. Na Noruega, a internação se faz em virtude de resolução judicial; mas a soltura é determinada pelo ministerio competente, isto é, por funcionarios de ordem administrativa (Codigo penal, § 39). O mesmo acontece na Dinamarca (Codigo penal, § 38). Na Inglaterra, os *criminal lunatics* são internados em estabelecimentos proprios *during his majestys pleasure*. Em França, tudo pertence á esphera da administração.

Contrastando com estes exemplos, modernas legislações, inspiradas no projecto Stooss, attribuem exclusivamente aos tribunaes a competencia para a internação e soltura dos loucos delinquentes. E' o systema dos codigos sul-americanos da Argentina (artigo 34, 1), do Perú (artigo 89 e seguintes) e da Venezuela (1926, artigo 62).

Essa competencia deve ser confiada aos tribunaes civis ou aos criminaes?

Variam muito as opiniões. A comissão que elaborou o projecto argentino de 1906, justificando a preferencia dada ao juiz criminal, escreveu: — "...porque nos pareceria completamente illogico que el juez, que tiene en sus manos la prueba fehaciente de la locura y de sus peligros, tuviera que recurrir á otro juez para ordenar el encierro. Los locos delinquentes deben depender de los jueces del crimen en cuanto á su libertad, y sin perjuicio de que la declaración de incapacidad, á los efectos civiles, la curatela y todo lo relativo á sus bienes y demás derechos, sean del resorte de la jurisdicción civil". Combatendo a competencia do juiz criminal, se tem allegado que fundamento da medida da internação é o character perigoso do louco delinquent e não a sua inimputabilidade. Que, entretanto, o referido juiz só dispõe, para servir-lhe de guia, de um elemento meramente symptomatico — o facto criminoso. Que o processo criminal

raramente proporciona dados sufficientes para uma conscienciosa deliberação a respeito. Aschaffenburg entende que a competencia do juiz criminal deve limitar-se á internação provisoria. Para a definitiva, propugna elle a adopção de um processo especial, identico ao da interdicção (*Entmuendigungsverfahren*). Como vimos, no codigo penal italiano só a internação provisoria compete ao juiz criminal. E' principalmente em relação aos individuos de responsabilidade restricta ou minorada que, em maior numero, juristas e psychiatras se pronunciam contra a competencia desse juiz. 1).

Em nosso país, os projectos João Vieira e da Camara dos deputados mandam recolher os loucos criminosos, absolvidos, a um hospicio penal ou a lugar separado nos hospitaes communs, até completa cura ou se tornarem inoffensivos. Nada dizem acêrca da autoridade competente para decretar essa medida e a sua cessação. Mais perfeito é o projecto Galdino. O seu artigo 16 está assim redigido : — “Os individuos isentos de imputabilidade, segundo o disposto no artigo 13, n. 2, e reconhecidos perigosos á ordem publica ou á segurança das pessoas, pelo modo estabelecido no artigo 48, serão internados, por ordem do juiz criminal, em manicomios, ou, em falta, em hospitaes de alienados, mas em secção distincta, e dahi só poderão ser retirados por determinação da mesma autoridade, quando se verificar, mediante relatório do director do estabelecimento, que não offerecem mais perigo”. O projecto Sá Pereira dispõe no artigo 171 : — “O juiz é obrigado, por si ou como presidente do Tribunal do Jury, a decretar o internamento de todo aquelle que fôr absolvido por carecer de imputabilidade ou por tel-a diminuida (artigo 29), quando evidente a sua temibilidade”. O artigo seguinte trata da cessação do internamento. Exige audiencia do Ministerio Publico, pericia medica, e confirmação da sentença em segunda instancia. Limitada aos casos de *evidente* temibilidade, perde a medida

1) Wilmanns, *Die sog. verminderte Zurechnungsfachigkeit*, p. 313.

do internamento grande parte de sua importancia pratica. Poucas vezes poderá ser applicada. 1).

Thema muitissimo controvertido é o de saber quaes os estabelecimentos para onde devem ser mandados os loucos criminosos. Sustentam muitos autores a necessidade da creação de estabelecimentos especiaes. Satisfazem-se outros com dependencias (annexos) dos hospitaes ou até das prisões communs. Este derradeiro systema, em seu maior rigorismo, encontramol-o em França (Gaillon) e na Hungria (Budapest). Sob fórma attenuada, em character provisorio, adoptam-no diversos Estados allemães. Estabelecimentos especiaes possuem a Italia (Aversa, Montelupo, Reggio Emilia), a Noruega (Trondhjen), a Irlanda (Dundrum) e a Inglaterra (Broadmoor). Mas é na America do Norte que elles existem em maior numero, mais modernos e mais perfeitos (*Hospital for Criminal Insane*). Merecem apontados o *Matteawan State Hospital* e o *Dannemore State Hospital*, no Estado de Nova York, e o *Michigan Asylum for dangerous and criminal insane*, em Ionia (Michigan). Nos estabelecimentos americanos, baseados nos mesmos principios de seus congeneres ingleses, entre os quaes o do *self supporting*, são recolhidos os individuos absolvidos por alienação mental, os que enlouquecem durante o cumprimento da pena e os loucos que hajam praticado crime nos hospitaes communs. São dignos de menção ainda, na Europa, o asylo sueco de Warjo e a colonia agricola dinamarquêsa da ilha de Sivo, colonia que se destina aos deficientes mentaes dotados de tendencias criminosas. Aschaffenburg, que, por incumbencia da Fundação Holtzendorff, visitou os estabelecimentos especiaes europeus, não os achou recommendaveis. Elle se mostra partidario do recolhimento dos loucos criminosos aos hospitaes communs, com regime de separação para os perigosos. 2).

1) Os projectos suissos e outros não restringem o recolhimento ao caso de periculosidade ou temibilidade do louco delinquente. Estabelecem a medida tambem em beneficio deste.

2) Em grande numero são os adeptos de estabelecimentos especiaes. Cuello Calón, em sua excellente **Penologia**, p. 318, assim se exprime a

Em nosso país, o decreto n. 1.132, de 22 de dezembro de 1903, preceituou, no artigo 11: — “Emquanto não possuírem os Estados manicômios criminaes, os alienados delinquentes e os condemnados alienados sómente poderão permanecer em asylos publicos, nos pavilhões que especialmente se lhes reservem”. O decreto n. 15.831, de 25 de maio de 1921, em execução da lei n. 4.242, artigo 2.º, n. 20, de 5 de janeiro do mesmo anno, deu regulamento ao Manicômio Judicial da Capital da Republica. Esse estabelecimento se destina á internação dos condemnados que, achando-se recolhidos ás prisões federaes, apresentarem symptomas de loucura ; á dos accusados que, pela mesma razão, devam ser submittidos a observação ou tratamento ; e á dos delinquentes isentos de responsabilidade por affecção mental (Codigo penal, artigo 29), quando, a criterio do juiz, assim o exija a segurança publica. No primeiro caso, a internação

proposito : — “La defensa social contra estos alienados exige la creacion de manicomios criminales, de instituciones destinadas exclusivamente a ellos, dõnde ellos encuentren la asistencia médica que su estado mental requiere y la sociedad la proteccion necesaria. Asi pues, tales instituciones tendran del manicomio común la organizacion psiquiatrica, el tratamiento terapeutico, etc., y de la prisión las condiciones de seguridad que eviten posibles fugas de los recludos. Por esto se a dicho que estos establecimientos son en parte asilo y en parte prisión”. O mesmo escriptor, em seu recentissimo **El nuevo codigo penal espanol**, p. 281, n. 3, infórma que em seu país não existem estabelecimentos dessa classe ; e accrescenta que é preciso creal-os. A idéa dessa instituição foi aventada perante a segunda commissão de peritos, na Suissa, por Gabuzzi ; mas motivos de ordem practica e de oportunidade levaram a maioria a regeital-a (**Protokoll**, II, p. 80).

Não encerraremos esta nota sem transcrever a opinião que a respeito do assumpto enunciou o illustre psychiatra da penitenciaria de S. Paulo, o dr. Moraes Mello : — “Estou que os manicômios judicarios devem ser órgãos autonomos, obedecendo á organização moderna dos hospitaes de insanos da mente, isto é, devem ter a organização de asylos-colonias, para que possam corresponder á sua finalidade. Como instituto psychiatrico-legal os manicômios devem ter a organização fechada dos antigos hospicios ; como estabelecimentos de assistencia aos “adoecidos no decorrer da sentença” e aos julgados “isentos de responsabilidade por motivo de affecção mental” devem ter a instalação de asylos-colonias”. **Revista de Criminologia e Medicina legal**, I, p. 35.

se faz por determinação do Ministerio da Justiça ; nos outros dois por ordem judicial. O Manicomio funciona em um pavilhão da Casa de Correção. O Estado de Minas possui um estabelecimento especial, em Barbacena, recentemente inaugurado, do qual, em mensagem presidencial, se disse : — “é, no genero, um instituto sem igual no país, pela amplitude de seu programma, pelos cuidados de ordem technica que presidiram á sua construcção e pelo moderno aparelhamento das suas diversas secções”. A lei paulista n. 2245, de 26 de dezembro de 1927 creou o Manicomio Judiciario do Estado, anexo ao Hospital de Juquery. Como dispõe o art. 2.º da lei, esse estabelecimento se destina á internação e ao tratamento dos detentos que apresentem perturbações mentaes antes ou depois da condemnação e dos insanos a que se refere o art. 29 do codigo penal. A internação, transferencia ou soltura do paciente, depende de ordem escripta da autoridade judiciaria a cuja disposição o mesmo estiver.

II. — O codigo não explica, quando a segurança do publico exige a internação do individuo isento de responsabilidade por affecção mental. Não se deve tomar como criterio a maior ou menor gravidade do facto praticado. A psychiatria ensina que ás vezes enfermos mentaes, autores de factos de diminuta gravidade, são mais perigosos do que outros que commetteram delictos graves. Só um cuidadoso exame dos individuos permite fazer a selecção.

Tambem não declara o codigo qual a autoridade competente para determinar o recolhimento dos alienados delinquentes aos hospitaes. Em um processo famoso, no Rio de Janeiro, absolvido o reu pelo reconhecimento da dirimente do paragrapho 4.º do artigo 27, mandou o juiz presidente do tribunal, recolhel-o ao Hospicio de Alienados. Essa decisão não logrou applausos unanimes. A *Revista de Jurisprudencia*, della se occupando, entendeu que devia o presidente do jury mandar apresentar o réu ao juiz competente para o processo da interdicção ou á policia 5). Em

5) Macedo Soares, em seus commentarios a este artigo, se externa favoravelmente á pratica de serem os delinquentes absolvidos, se perigosos,

accordam de 5 de fevereiro de 1923, decidiu o Tribunal de Justiça de S. Paulo no sentido da competencia do presidente do jury. ¹⁾ Inferiu-a do artigo que commentamos. ²⁾ E, segundo nos parece, com razão. Fundamento da inter-
nação é a periculosidade do individuo. Essa periculosidade só póde ser reconhecida pelo juiz do crime : — não constitue motivo de interdicção. ³⁾

apresentados á policia ou ao juiz competente para a interdicção. Galdino Siqueira (**Direito penal brasileiro**, I, p. 395) tambem se manifesta por esta solução. O Supremo Tribunal Federal, em accordam de 17 de agosto de 1912, decidiu que não era illegal a determinação do juiz do crime, mandando internar no hospicio de alienados um individuo que tinha a excluir-lhe a responsabilidade a dirimente do paragrapho 4.º do artigo 27 do codigo penal.

1) **Revista dos Tribunaes**, XLV, p. 441.

2) O projecto Levy Jordão resolvia expressamente a questão, dizendo : — “A decisão sobre este objecto pertence ao tribunal que os julgar isentos de culpabilidade, ouvido previamente o parecer de peritos medicos”. Ao legislador patrio pareceu esse paragrapho desnecessario.

3) Da abundante literatura estrangeira sobre o assumpto separamos :—Serieux, **L'assistance des alienés en France, en Allemagne, en Italie et en Suisse**, Paris, Imprimerie mun., 1903 ; Keraval, **Des mesures á prendre á l'égard des alienés criminels**, Pau, 1904 ; Naেকে, **Die Unterbringung geisteskranken Verbrecher**, Halle, 1912: e Aschaffenburg, **Die Sicherung der Gesellschaft gegen gemeingefährliche Geistesranke**, Berlin, 1912. A bibliographia italiana se encontra indicada por Annibal Gilardoni, no **Digesto italiano**, s. v. **Manicomio**. No § 12 do cap. IV, faz esse monographista um optimo resumo de legislação comparada.

Art. 30. — Os maiores de nove annos e menores de quatorze, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de dezeseite annos.

I. — Está revogado o artigo supra. A lei federal n.º 4.242, de 5 de janeiro de 1921, artigo 3.º, o decreto n.º 4.547, de 22 de maio de 1922, o regulamento approved pelo decreto n.º 16.272, de 20 de dezembro de 1923 e o Codigo de Menores, como já tivemos oportunidade de dizer, modificaram radicalmente o systema do codigo acêrca da criminalidade da infancia e da adolescencia. Na actualidade, o menor de quatorze annos, indigitado como autor ou cumplice de um crime ou de uma contravenção, não será submettido a processo penal de especie alguma.

Depois de colher as informações que o habilitem a formar um juizo sobre o estado physico, mental e moral do menor, bem como sobre a situação social, moral e economica dos paes ou das pessoas com as quaes elle viva, poderá o juiz tomar uma das seguintes resoluções : — se o menor fôr abandonado, moralmente pervertido ou estiver em perigo de se tornar tal — collocal-o em um asylo, casa de educação, preservação ou confial-o a pessoa idonea, por tempo que não ultrapasse a idade de dezoito annos ¹⁾ ; se o estado de saúde physica ou mental, do menor assim o exigir — mandar submettel-o a tratamento apropriado ; e, se o menor se não achar nas condições previstas — deixal-o com os paes, tutor ou pessoa sob cuja guarda viva. O juiz ou tribunal póde renunciar a toda medida, se forem passados seis meses depois de commettida a infracção. Essas medidas são puramente

1) O artigo 45 do decreto n.º 5.083, de 1.º de dezembro de 1926, que instituiu o Codigo de Menores, falla em dezoito annos; mas o paragrapho 2.º do artigo 68 desse codigo estabelece o limite de 21 annos. Estão os escriptores de accôrdo em que, para ser proveitoso, para produzir resultados beneficos e duradouros, deve o regime educacional ser prolongado. O projecto Sá Pereira adopta o maximo de dezoito annos (artigo 175).

tutelares e educativas. Em se tratando de menores de quatorze annos, não é possível fallar em repressão.

II. — O estudo comparativo das medidas applicaveis aos menores dessa classe nos mostra sensiveis divergencias entre as legislações. A mesma discordancia se nota entre os escriptores. A Inglaterra ainda emprega como meio de correcção o castigo corporal. Tem essa medida, em quasi todos os países, acerrimos inimigos e ardentes defensores. Entre estes figura P. Cuche, o conhecidissimo penitenciarista francês, que a reputa “um processo efficaz de intimidação”. 1). Cuello Calón não duvida admittil-a, se usada paternalmente, de maneira toda familiar e privada 2). Outra medida de que algumas legislações se servem é a multa. Mas contra ella se objecta que em regra os menores não possuem bens, nem são capazes de adquiril-os. 3). A lei belga (15 de maio de 1912) autoriza a medida da reprehensão. Tambem o faz o projecto suiso (1915, § 95). A nossa dá ao juiz a faculdade de reprehender os menores de dezoito annos que se entregarem, sem ser habitualmente, á vadiagem, mendicidade, libertinagem ou que procurarem seus recursos no jogo ou em outras occupações illicitas. A reprehensão a que essas leis se referem é uma advertencia paternal, despida de solennidade que lhe imprima o character de pena. A reclusão em prisões só se applica em poucos países.

1) *Traité de science et de leg. pénitentiaire*, p. 156. Outro escriptor francês decididamente favoravel a essa medida é J. Maxwell (*O crime e a sociedade*, p. 347).

2) *Penologia*, p. 99. O assumpto foi objecto de interessante discussão no 27.º Congresso dos juristas allemães. Mas não conseguiu vingar a idéa da applicação do castigo corporal aos menores. Eloquentemente por ella se manifesta, entre os allemães, Mittelstaedt (*Gegen die Freiheitsstrafen*, p. 81).

3) C. Calón, *ob. cit.*, p. 289 ; Oetker, na *Gerichtssaal*, LXXXIII, p. 405 ; Rauh, *Die Vermoegensstrafen*, 67.

Art. 31. — A isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil.

I. — Duas são as consequências jurídicas que, na generalidade dos casos, se ligam ao crime — a reacção da pena e a obrigação do resarcimento do damno. Embóra promanem da mesma fonte — o facto antijuridico, essas consequências são essencialmente distintas. Alguns escriptores, e dentre elles merece especial referencia o profundo Merkel¹⁾; negam a realidade da differença, mas os argumentos que adduzem em patrocínio dessa opinião têm sido vantajosamente refutados. Condensando em uma bella pagina as observações já feitas por Binding²⁾ e outros, escreve Florian : — “Não faltam característicos e finalidades communs aos dois institutos : — assim, ambos são consequências jurídicas do crime, exercitam a função social de proteger a ordem juridica, são meios de luta contra o illicito ; ambos se manifestam por meio de uma coerção. Mas estes caracteres communs não excluem nem supplantam os elementos proprios de cada um. A pena serve ao interesse geral, o resarcimento ao interesse privado ; a pena se applica tão sómente a quem seja em certo gráu culpado, a obrigação do resarcimento prescinde disso ; a pena se applica unicamente aos autores ou participantes do crime e tem, portanto, natureza pessoal, o onus do resarcimento recae, não só nestes autores e cumplices, mas tambem nos herdeiros ; a pena é instituto de direito publico, normalmente subtraído á influencia das convenções particulares, o resarcimento é instituto de direito privado, susceptível das modificações (transacção, cessão, renuncia, etc.). licitas na esphera desse direito ; a pena consiste em uma coerção que, immediata ou condicionalmente, visa a pessoa, o resarcimento é coerção que normalmente visa o patrimonio e não a pessoa ; a pena é um mal e fere o delinquente, o resarcimento se destina a curar a ferida causada pelo delicto, sem

1) **Lehrbuch d. deut. Strafrechts**, § 67.

2) **Die Normen und ihre Uebertretung**, I, 270.

alargal-a ou produzir outra, quer dizer, o resarcimento tem em mira extinguir as consequencias materiaes do crime e restabelecer, directa ou indirectamente, a situação do factio precedente ; a pena accrescenta algo a essa reparação e vae além desta. Se o resarcimento fosse pena, deveria muitas vezes, se effectuado, impedir a imposição desta, o que felizmente não acontece : — importaria isso monstruoso privilegio para os ricos". 1). Classicos e positivistas concordam em reconhecer a diversidade intrinseca dos dois institutos. 2).

Sempre a doutrina e as legislações empenharam os maiores esforços no sentido de dar toda efficacia á reacção penal. O mesmo, entretanto, se não verificou com a outra consequencia do crime — o resarcimento. Como se exprime illustre criminalista, estudou-se com minudencia a organização das penas e das medidas de segurança mais adequadas para a defesa social, mas nada, ou quasi nada, se fez para tornar realidade uma equitativa reparação dos prejuizos resultantes do delicto. 3). Este interessante e arduo problema, já esboçado, em suas linhas mestras, por Bentham e Bonneville de Marsangy, tem sido animadamente agitado, ao presente, sobretudo pelos sectarios da escola positiva. Elles procuram dar nova regulamentação ao assumpto, de modo a tornar mais facil e garantido o direito á resarcibilidade do damno proveniente do delicto. Innumeras têm sido as propostas formuladas para assegurar á victima do crime a reparação do damno soffrido. Exponhamos algumas dellas.

Alvitrou Ferri a idéa de que o Estado, a quem os cidadãos pagam impostos para obter, entre outros serviços, o da segurança publica, devia assumir a responsabilidade pela reparação dos damnos resultantes dos delictos, tornando-se cessionario dos direitos do offendido. Mas a suggestão, radical em demasia, sob essa fórmula brutal e franca (como se

1) *Dei reati e delle pene*, I, p. II, p. 11.

2) A identidade é sustentada pelo primaz da escola, Ferri (*Principii di dir. criminale*, § 92, II).

3) Cuello Calón, *Derecho penal*, p. 472. Muito bem a respeito, Prins. *Science Pénale et Droit Positif.*, pag. 372 e seguintes.

exprime Roux), não encontrou acolhimento. Razões de ordem teorica e pratica a tornavam inaceitavel.

Lembrou Garofalo, como medida assecutoria da reparaçãõ do damno, a constituicãõ de uma hypotheca legal sobre os immoveis e de um privilegio sobre os moveis do delinquente, em prol do prejudicado, e a vigorar desde a data do delicto. Sãõ unanimes os diversos representantes da sciencia penal em pugnar pelo estabelecimento de um privilegio e tambem de medidas provisorias a favor da victima. ¹⁾. Em nosso direito já se acha consagrado, em beneficio do offendido ou de seus herdeiros, uma hypotheca legal sobre os immoveis do delinquente (Codigo Civil, artigo 827, VI). Ainda mais : — quando os bens do criminoso não sejam sufficientes para a reparaçãõ integral do damno e pagamento das penas pecuniarias e custas, tem o offendido preferencia (Codigo citado, artigo 829). Esta feliz innovaçãõ corresponde ao voto de muitos escriptores que se têm occupado da materia. No regime do codigo de 1830 e da lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864, a hypotheca começava a existir desde o momento do crime. ²⁾.

Quasi nunca os delinquentes possuem bens. Na generalidade, elles pertencem ás classes desprotegidas da fortuna. Faz-se mistér, em vista disso, descobrir meios de obrigar á indemnizaçãõ aquelles que nada têm. Um desses meios é attribuir ao offendido parte do peculio que o condemnado consiga obter, com o seu trabalho, durante a execuçãõ da pena privativa da liberdade. Algumas legislações já o adoptam. Mencionaremos, entre as mais modernas, a argentina (Codigo Penal, artigo 11), a peruana

1) Demogue, *De la reparation civile des délits*, p. 194.

2) O codigo penal do Perú, no intuito de tornar mais efficaz a garantia, assim dispõe (artigo 72) : — “En caso de flagrante delito, al mismo tiempo que la detencion del imputato ó cuando se dictare contra el durante el proceso mandamiento de detención, se procederá á la inscripcion de hipoteca legal sobre sus bienes enmuebles ó al embargo de sus muebles, rentas ó salarios en la proporciõ bastante para la reparacion, dejando en todo caso lo necesario para la subsistencia de la familia”. Serviu-lhe de modelo o projecto Ferri (artigo 93).

(artigo 79) e a espanhola (artigo 169). Outro meio é o de tornar dependente da reparação do damno a concessão do livramento condicional ou da suspensão da pena. Sustentou-o Prins no Congresso de Bruxellas ; mas a sua proposta, aliás por pequena maioria de votos, deixou de ser acceita. Em varios projectos de codificação penal, como, por exemplo, nos suissos, se inclue a reparação do damno, na medida das possibilidades do delinquente, como requisito desses dois institutos. As leis que em nosso país os regulam tambem o fazem

Numerosos escriptores têm suggerido outro expediente : — a criação de uma caixa especial de indemnizações, alimentada com o producto das multas e com rendas derivadas de outras fontes. A idéa não tem o merito da novidade. Ensaíram-na o codigo criminal toscano (1786) e as leis pnaes das Duas-Sicilias, com resultados negativos. 1). Esposou-a o projecto Ferri. Elle institue uma caixa de multas, com tres finalidades differentes : — indemnizar os condemnados que, em processo de revisão, sejam declarados innocentes, assim como os réus absolvidos por falta de provas e que, em consequencia da prisão preventiva, hajam soffrido prejuizo patrimonial ; adeantar parte da indemnização ás victimas dos delictos e suas familias, quando em situação de necessidade ; e proporcionar recursos economicos aos Conselhos de Patronato. Os fundos dessa caixa são constituídos pelas multas e condemnações pecuniarias ; pelas oblações nos processos de contravenção ; pelas fianças perdidas ou não reclamdas ; pelo producto dos objectos confiscados ; pelas heranças e indemnizações renunciadas ; e pelas doações de pessoas que, generosamente, queiram concorrer para essa fórmula de assistencia publica. Prohibe o

1) Nocito assim se exprimiu a respeito no Congresso de Bruxellas : “...as minhas pesquisas nos archivos de Florença tiveram como resultado a verificação de que jamais um vintem entrou nessa caixa e que a disposição do grande reformador Pedro Leopoldo no seu **motu proprio** de 1776 ficou sendo letra morta. Assim tambem, o codigo penal do reino de Napoles instituiu uma caixa de multas; mas nunca poude ella funcionar “(Actes du Congrès, I, p. 102).

projecto toda transacção entre a victima, seus herdeiros e o delinquente relativamente á indemnização. Veda tambem, antes de transitar em julgado a sentença, toda cessão do direito a ser indemnizado. Impõe ao Ministerio Publico a obrigação de pedir a reparação junto com a condemnação e de fiscalizar o respectivo adimplemento. 1).

A idéa da fundação de uma caixa destinada á reparação, pelo menos parcial, dos prejuizos soffridos pelas victimas dos delictos encontrou, nos congressos penitenciarios de Paris e Bruxellas, onde foi bastante discutida, prudentes reservas, por parte de alguns, e objecções, mais ou menos sérias, por parte de outros. 2) Ambos esses congressos se limitaram a recommendar refórmãs legislativas no sentido de ser a parte civil mais facilmente admittida a pleitear o seu direito á indemnização, de submeter o Ministerio Publico "ex officio" ao tribunal repressivo a questão relativa a essa indemnização, e de estabelecerem-se garantias e privilegios em favor do credito do prejudicado.

Com o intuito de assegurar o direito á reparação, as legislações em geral tornam por ella solidariamente responsaveis todos os participantes do factu delictuoso. E' providencia de reconhecida importancia, pois abre á victima do delicto maiores probabilidades de alcançar o objectivo collimado — a satisfacção do damno. Adoptam-na, entre outros, o codigo belga (artigo 50), o italiano (artigo 39), o nosso (artigo 69, parágr. unico), o argentino (artigo 31), o peruano (artigo 70), o turco, (1926, § 39) e o espanhol (1928, artigo 80).

Ainda com o mesmo proposito, se aconselha hoje o alargamento do circulo das pessoas responsaveis. Houve quem visse nisso a solução do delicado problema da reparação do damno "ex delicto".

1) Estes principios figuram no codigo peruano e no projecto destinado a substituil-o.

2) Uma caixa dessa especie existe no Mexico, sob o nome de "fondo común de indemnizaciones". Tambem existe no Perú. Ignoramos os resultados de uma e outra. O projecto cubano deu acolhida a essa instituição.

Segundo o direito patrio, os menores de dezeseis annos estão desobrigados de indemnizar os prejuizos que occasionarem. Por elles respondem os paes ou tutores, em cuja guarda ou companhia estiverem, mas só na hypóthese de os mesmos paes ou tutores cairem em culpa (*culpa in vigilando vel custodiendo*). O recente codigo penal espanhol preceitua que, não havendo pessoa subsidiariamente responsavel ou sendo ella insolvente, responderão os menores dessa idade com seus bens, observadas as limitações referentes á quota para alimentos. O mesmo principio applica esse codigo aos enfermos mentaes (artigo 177). Os inimputaveis, por qualquer dos motivos mencionados nos diversos paragraphos do artigo 27, não estão, em nosso país, isentos da obrigação de indemnizar os prejuizos que causarem. 1). Em sentido contrario, sob a influencia do direito romano, era a nossa tradição. A simples responsabilidade causal (sem dependencia de culpa), que o legislador brasileiro esposou, vigora na legislação allemã (Codigo Civil, § 829), na austriaca (Codigo Civil, § 1310) e na suissa (Codigo das Obrigações, § 58). Por ella se pronunciam não poucos escriptores. A escola positiva, que não isenta os inimputaveis da responsabilidade criminal, em bôa lógica tambem não os liberta da obrigação do resarcimento.

Perante o nosso direito, quem pratica o crime em legitima defesa, propria ou alheia, não é responsavel civilmente pelo damno causado. Ha, porém, uma excepção: — é a relativa ao damno soffrido por terceiro. Neste caso, o defensor é responsavel; mas, quando se trata de defesa de outrem, com direito regressivo contra a pessoa defendida. Prescreve o artigo 1540 de nosso Codigo Civil que o damno

1) Clovis Bevilacqua, **Codigo Civil**, commentario ao artigo 1525: — “O individuo póde ser criminalmente irresponsavel e, no entanto, ser obrigado á reparação civil do damno, ou, como diz o Codigo Penal, artigo 31: a isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil. Tal é o caso dos inimputaves por imbecilidade nativa ou enfraquecimento senil, e de todos os que o artigo 27, § 4—7 do mesmo codigo declara não criminosos. Isentos de qualquer punição, na ordem penal, nem porisso estarão isentos de indemnizar, civilmente, os prejuizos que causarem”.

causado pela morte ou lesão obriga á indemnização, embóra resulte de acto justificavel ; e accrescenta — “se não foi perpetrado (o acto) pelo offensor em repulsa de aggressão do offendido”. Este dispositivo significa que apenas no caso de legitima defesa se exclue a responsabilidade civil. Em outros casos de morte ou lesão justificavel (como no do artigo 32, § 1.º deste Codigo), essa exclusão não se verifica. Consoante o artigo 160, n. 2, do Codigo Civil, a deterioração ou destruição da cousa alheia, com o fim de remover perigo imminente, quando de todo necessaria, constitue acto legitimo. Pois, apesar dessa legitimidade, tal acto dá lugar á obrigação de reparar o damno, exceptuada a hypothese de ser o dono da cousa culpado do prejuizo (artigo 1529). Ferri qualifica de erro evidente admittir-se o resarcimento do damno no estado de necessidade. ¹⁾ A verdade é que, reconhecido o character licito do acto praticado nesse estado, só motivos de equidade pódem explicar a obrigação de indemnizar. ²⁾

Em diversos casos, enumerados no artigo 1521, reconhece o Codigo Civil uma responsabilidade indirecta ; mas fál-a depender de culpa ou negligencia por parte do responsavel. Quem gratuitamente participa dos productos do crime responde pela reparação até a concorrente quantia. Pouco importa seja innocente. A ninguem é licito locupletar-se *cum alterius detrimento*. ³⁾

O damno póde ser material (económico ou physico) ou moral. Este se biparte : — ás vezes é puramente moral, outras não. Nos casos desta derradeira especie, o ataque ao patrimonio moral da pessoa traz comsigo tambem um damno económico. Assim, por exemplo, quando o delicto

1) **Principii di dir. crim.**, § 84, V, n. 2.

2) Jimenez de Asúa, **Der. penal moderno y espanol**, I, p. 436. A responsabilidade civil no caso da extrema necessidade é admittida pelas legislações e pelos civilistas em geral.

3) Já o codigo de 1830 dispunha do mesmo modo (artigo 28, § 2.º). Imitaram-no legislações posteriores. Ainda o faz o recente codigo penal espanhol. E' mais do que duvidosa a nescessidade de uma nórma dessa especie.

produz o descredito commercial, industrial ou profissional da victima. 1). A responsabilidade civil pelo damno material ou mixto nenhuma duvida offerece. O contrario se dá com o damno exclusivamente moral. A jurisprudencia franceza. 2). italiana, 3), suissa, 4), inglesa e norteamericana 5), acolhe, em sua maior amplitude, a idéa do resarcimento do damno moral. A allemã e a austriaca só o fazem de modo restrictivo, em casos especiaes. Varios escriptores pretendem deduzir desses casos um principio geral; mas os argumentos de que se servem carecem de solidez. 6). Os codigos penaes de data mais proxima, como o argentino (artigo 29), o peruano (artigos 65, 3.º, e 67) e o espanhol (artigo 75), mandam computar na indemnização o prejuizo moral. Com visão mais acanhada, o turco, em seu paragrpho 38, dá aos tribunaes a faculdade de obrigarem á indemnização dos prejuizos immateriaes sempre que o crime offenda a honra da pessôa ou da familia.

No Brasil, o assumpto tem dividido as opiniões. O Codigo Civil, em seu artigo 1547, referindo-se á indemnização por injuria ou calumnia, sujeita a offensor ao pagamento de multa, se o offendido não puder provar prejuizo material. E no artigo 1550, tratando da indemnização por offensa á liberdade pessoal (carcere privado, prisão por queixa ou denuncia falsa, ou de má fé), manda ajuntar á importancia das perdas e danos uma somma correspondente ao dobro da multa, no gráu maximo da pena criminal respectiva. E' possivel concluir destes dispositivos que o legislador patrio perfilhou o principio da responsabilidade do damno moral?

1) Masucci, na **Enciclopedia de Pessina**, III, p. 457.

2) Ripert, **La règle morale dans les obligations civiles**, n. 181 : — Il n'y a plus aujourd' hui aucune hésitation dans la jurisprudence sur le principe de la réparation du prejudice moral. Les contours de la théorie restent indécis, le principe est acquis ; il faut une réparation".

3) Minozzi, **Studio sul danno non patrimoniale**, p. 146.

4) Graf zu Dohna, na **Vergl. Darstellung d. deut. und ausl. Strafrecht**, p. ger., I, p. 239.

5) Graf zu Dohna, **ob. cit.**, eod. loc.

6) O mesmo se dá no direito austriaco (Randa, **Die Schadenersatzpflicht**, p. 47).

Quer-nos parecer que não. Ha, porém, no código outro dispositivo que, no entender de autorizados interpretes, resolveu a controversia. E' o artigo 76, onde se diz : — “Para propôr, ou contestar, uma acção, é necessario ter legitimo interesse económico, ou moral”. Commentando-o, escreve Clovis Bevilacqua : — “Se o interesse moral justifica a acção para defendel-o ou restaural-o, é claro que tal interesse é indemnizavel, ainda que o bem moral se não exprima em dinheiro”. 1). Esse artigo, de indole predominantemente processual, a nosso ver, não solve a questão. Tambem os escriptores italianos, partidarios do resarcimento do damno não patrimonial, invocam, em apoio de sua opinião, o artigo 36 do código do processo civil de seu país, cuja doutrina o legislador patrio reproduziu, tornando apenas o texto mais explicito. Mas alli civilistas eminentes não têm reputado o argumento convincente e decisivo. Segundo nos parece, em nosso direito só em casos excepçoes se attende ao damno moral. E' de lamentar que o legislador brasileiro não regulasse de modo mais perfeito esta delicada materia.

Um dos requisitos para que o autor do acto delictuoso seja civilmente responsavel pelo resultado é que entre ambos — o acto e o resultado — exista uma relação de causa e effeito (nexo causal). Já em outro ponto expuzemos as teorias mais notaveis a proposito deste intrincado problema. Se o alludido acto representa uma *conditio sine qua* do resultado, a existencia daquelle requisito não pôde ser contestada. 2).

II. — A respeito da relação entre as duas acções que nascem do delicto, a civil e a penal, varios são os systemas conhecidos. 3) : — o da independencia, o da interdependen-

1) **Código Civil commentado**, art. 76, 2.

2) Mario Ferreira, **Extensão da reparação civil**, na **Rev. de Direito**, XLVI, p. 13 e seguintes (no sentido da teoria da causação adequada).

3) Raoul de la Grasserie, **Des principes sociologiques de la criminologie**, p. 203 e seguintes. Elle acha o systema da “solidarização” o unico justo e pratico.

cia e o da solidariedade. No primeiro, as duas acções se mantêm entre si alheias. Correm perante jurisdições diferentes. A acção civil póde preceder, acompanhar ou seguir a penal. Nenhum obstaculo crea a esta. Se o delicto se funda na violação de um contrato, este póde ser provado, no juizo criminal, segundo as regras da prova nessa materia. A sentença proferida em uma causa não tem influencia na outra : — não constitue *res judicata* em relação a esta. Se o tempo de prescripção não é o mesmo, póde uma das acções sobreviver á outra. Este é o systema vigorante na Allemanha, na Hollanda, no direito inglês e no norte-americano.

O segundo — o da interdependencia — apresenta a maior variedade nos pormenores. Tem a parte offendida, neste systema, o direito de escolher, para propôr a sua acção de resarcimento, entre a jurisdicção civil e a criminal. Mas, preferida esta, fica aquella acção suspensa até se decidir o processo criminal. Porisso diz a maxima francesa : — “le criminel tient le civil en état”. A sentença pronunciada no juizo criminal faz cousa julgada no civil. Optando por uma das vias, não póde a parte variar : — *electa una via recluditur regressus ad alteram*. A prescripção da acção publica se applica á acção civil. Este systema, imperante na França, na Belgica e em outros países, tem o defeito de ser mais que muito complicado. Elle dá motivo a innumeradas controversias.

O terceiro — o da solidariedade — preconizado por Bentham e com todo ardor sustentado pelos sectarios da escola positiva, se baseia em que a reparação do damno, como a imposição da pena, é de interesse publico, e, porisso, as duas acções devem correr conjuntamente, perante a mesma jurisdicção — a criminal. Ao Ministerio Publico incumbirá a tarefa de, “ex officio”, independentemente de qualquer provocação da parte, promover a condemnação ao resarcimento do damno. A idéa da fusão dos dois processos e a nova attribuição imposta ao representante da Justiça Publica tem conquistado, nos congressos internacionaes. e fóra delles, numerosos adeptos.

O projecto de código penal, elaborado, em 1891, por Norberto Pinheiro, Rivarola e Matienzo, para a Republica Argentina, adoptou o principio da solidariedade. Disse a comissão: — “... parece más conforme con la naturaleza de la administración de justicia, que un hecho punible de lugar á un solo proceso, evitando-se de ese modo:—1.º la posibilidad de que la sentencia recaida en el juicio criminal sea contradictoria con la pronunciada en el juicio civil; 2.º la pérdida de tiempo por el damnificado que desea, naturalmente, obtener la más pronta reparación del dano sufrido; 3.º, los gastos provenientes de la multiplicidad de los procesos. Solo una concepción equivocada de la naturaleza del derecho penal y de su relación con el derecho civil, ha podido establecer una división radical entre los efectos del delito, separando hechos emanados de la misma fuente, para entregarlos á leyes y jurisdicciones diferentes y establecidas con diversos fines”.

Esse projecto consagrou diversas regras respeitantes ao resarcimento do damno. Entre ellas, a seguinte (artigo 47): — “La condena penal trae aparejada la obligación de reparar el dano material y moral causado por el hecho punible á la victima ó á tercero, mediante una indemnización pecuniaria que el juez fijará al aplicar la pena, teniendo en cuenta la condición social y economica del ofensor y del ofendido... “O projecto de 1906 seguiu a mesma directriz. A comissão que o redigiu, reaffirmo os argumentos da anterior, ainda observou que “racionalmente, un hecho es mejor juzgado cuando se lo examina en conjunto que cuando se estudia solo por partes”. Estatuiu o artigo 35 desse projecto que a sentença condemnatoria ordenaria a indemnização do damno material e moral causado á victima, sua familia ou a algum terceiro, sendo o *quantum* fixado prudencialmente pelo juiz, em falta de prova plena. Trilhando o caminho indicado por estes precedentes, o código vigente (1921) contém preceitos relativos ao damno civil, determinando seja este fixado na sentença condemnatoria.

Outro código de nosso continente — o peruano — convencido da absoluta necessidade de converter em acção pu-

blica o que se refere á reparação civil (como se diz na exposição de motivos), abraça tambem o systema da solidariedade. Dispõe o artigo 65 : — “El Ministerio Público perseguirá conjuntamente con la represión, la efectividad de la reparación civil”. E o artigo 67 : — “El juez ordenará en la sentencia penal la restitución y la reparación del dano y determinará prudencialmente, á falta de prueba, el valor de la indemnización del perjuicio material ó moral originado por el hecho punible”. O projecto de refórma (1928) segue a mesmissima orientação. O codigo e o projecto hauriram os seus dispositivos no projecto Ferri. Tambem no mesmo se inspirou o cubano.

Em nosso país, o codigo de 1830, adeantando-se ao seu tempo, regulou, como materia criminal, a satisfação do damno causado pelo delicto. E o codigo do processo deu aos tribunaes do crime competencia para fixar a indemnização. Mas a lei de 3 de dezembro de 1841 (artigo 68) aboliu esse systema. Dispöz ella : — “A indemnização, em todos os casos, será pedida por acção civil, ficando revogado o artigo 31 do Codigo Criminal e o paragrapho 5.º do artigo 269 do Codigo do Processo. “Não se poderá, porém, questionar mais sobre a existencia do facto, e sobre quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no crime”. O codigo vigente não alterou esse estado de cousas. ¹⁾ O Codigo Civil, no artigo 1525, declarou que a responsabilidade civil era independente da criminal ; e reproduziu *de verbo pro verbo* a segunda parte do artigo 68 da lei de 1841.

Na interpretação desse texto, as opiniões têm sido desharmonicas. João Monteiro entendia que só a sentença

1) O projecto de refórma organizado pelo professor Vieira de Araujo abraçou as idéas da escola positivista, restabelecendo o systema do codigo de 1830. Isso mereceu censuras da commissão encarregada pela Academia de S. Paulo de emittir parecer sobre essa obra. O projecto Sá Pereira dedica apenas um artigo á reparação do damno. Elle prescreve no § 1.º desse artigo : — “Toda sentença criminal se executará no civil como liquidanda, para o fim exclusivo de apurar-se o quantum da indemnização devida á victima do crime, seus herdeiros ou conjuge”.

condemnatoria constituia cousa julgada opponivel no cível. 1). Commentando o Codigo Civil, Clovis Bevilacqua escreve que esse parecer não merece adhesão, embóra apoiado na autoridade de Merlin, Faustin Hélie, Demolombe, Mangin e Lacoste. A seu ver, o texto da lei não permite distinguir entre sentença condemnatoria e absolutoria. Do mesmo pensar são M. de Gusmão (que reconheceu a falsidade de sua primitiva opinião) e Spencer Vampré. 2). A doutrina da lei de 1841, que o Codigo Civil repetiu, assim se substancia: — se a sentença criminal affirma ou nega que o facto se tenha dado, se affirma ou nega a respectiva auctoria, faz cousa julgada, com influencia no cível. Fóra dahi, em outros casos, não. Quando a sentença absolve o reu, porque o facto não ficou bem provado ou por outro motivo que não seja a negativa da auctoria que lhe era imputada, não fica prejudicada a acção cível por perdas e danos.

A muitas outras questões abre margem o artigo que commentamos. Mas a digressão que fizemos fóra do campo do direito criminal já foi grande demais. Seria imperdoavel prolongal-a.

1) **Theoria e pratica do processo civil**, III, § 248. De accordo com essa opinião, Azevedo Marques, **Revistas dos Tribunaes**, XXIX, p. 529.

2) M. A. Gusmão, **Cousa julgada no civil, no crime e no direito internacional**, S. Paulo, 1922 p. 88 e seguintes. Em appendice a essa obra se encontra o escripto do professor Vampré. No mesmo sentido: Pontes de Miranda, **Manual do cod. civ. bras.**, XVI. n. 345.

Art. 32. — Não serão também criminosos :
Paragrapho 1.º — Os que praticarem o crime para evitar mal maior.

Art. 33. — Para que o crime seja justificado no caso do paragrapho 1.º do artigo precedente, deverão intervir conjuntamente a favor do delinquente os seguintes requisitos :

- 1.º — Certeza do mal que se propoz evitar ;
- 2.º — Falta absoluta de outro meio menos prejudicial ;
- 3.º — Probabilidade da efficacia do que se empregou.

I. — A teoria do chamado estado de necessidade — instituto que o codigo regula nos artigos que passamos a commentar — acha-se ainda em grande atraso. Distancia-se muito da perfeição a que attingiu a da legitima defesa. “C'est un terrain où l'on vague á l'aventure”, na phrase de Moriaud. 1).

Define este excellentista monographista o estado de necessidade : — “un état de choses tel que la sauvegarde d'un bien nécessite la commission d'un acte en lui même delictueux”. 2). Apresenta-nos v. Liszt a seguinte definição : — “estado de necessidade é uma situação actual de perigo para interesses juridicamente protegidos que não póde ser removida senão pela lesão de interesses juridicos de outrem”. 3). Ha, pois, nessa situação um conflicto de interesses ou bens juridicos. Elles pódem ser de duas ordens : — da mesma especie e de identico valor ou de especie differente e valor desigual. Os que se procuram salvar pódem ser proprios ou de terceiro. 4).

1) *Du délit nécessaire*, p. 1.

2) *Ob. cit.*, p. 30.

3) *Lehrbuch d. deut. Strafr.*, § 54.

4) Na doutrina a intervenção de terceiro no conflicto — o que os allemães denominam auxilio necessario (*Nothilfe*) — não soffre opposição. Apenas se discute a que pessoas deve a mesma ser permittida. A evolução do direito é no sentido de uma concessão geral. Os codigos mais recentes

Disputadissima é a questão de saber qual o fundamento philosophico-juridico dessa dirimente da culpabilidade ou justificativa do facto. Mui propositadamente empregamos esta alternativa, porque, no dominio da sciencia, inda se não conseguiu assentar em definitiva qual a verdadeira natureza do estado de necessidade. Alimena classifica em tres grupos principaes as teorias concernentes ao alludido fundamento :

a) o das que consideram a acção, nesse caso, como estranha á esphera do direito ;

b) o das que a reputam contraria ao direito, injusta, mas assentam a impunidade em razões de natureza subjectiva ; e,

c) o das que entendem que a referida acção é confôrme ao direito, isto é, reconhecem a existencia de um direito de necessidade.

A classificação está muito longe de ser perfeita. 1) ; mas dá uma idéa geral das divergencias. Entre os representantes mais famosos do primeiro grupo figura Grocio. Elle sustenta que, no caso de extrema necessidade, a propria ordem

(turco, paragrapho 49, 3 ; espanhol, artigo 60) e os projectos de refôrma (inclusive os allemães) obedecem a essa orientação. Seguiram-na igualmente os projectos brasileiros. Os interpretes de nosso codigo entendem que este não admitte o delicto necessario praticado por outrem que não o proprio necessitado (Galdino, **Direito penal brasileiro**, I, 277 ; em face do Codigo Penal Militar, cujo texto é identico, Esmeraldino Bandeira, **Direito Penal militar**, n. 317). Nada, entretanto, se encontra no texto legal que impeça a applicação ao terceiro (por exemplo, ao medico que haja praticado um aborto therapeutico ou uma embriotomia). O argumento deduzido a contrario da disposição relativa á legitima defesa é pouco convincente. A **exclusio alterius** só deve ser acolhida (consoante o sabio conselho de Pescatore), quando ha razões para excluir. No caso não existem.

1) Luiz Jiménes de Asúa, **El estado de necesidad em materia penal**, p. 38, reúne todas as teorias em sete grupos : — doutrina da volta á comunidade de bens e ao estado natural ; teoria subjectiva da violencia moral ; doutrina subjectiva da inutilidade pratica da repressão ; teoria mixta da propria conservação ; doutrina objectiva da collisão de direiros ou de bens ; teoria que colloca o estado de necessidade fóra do direito ; e a opinião da escola positiva. Pergola as reparte em cinco grupos apenas.

juridica (estado de direito) desaparece ou fica suspensa, voltando-se á communidade de bens e ao estado de natureza. Para elle, o acto necessario não é justo, nem injusto : — é indifferente. *Necessitas rem reducit ad merum jus naturae*. Esta teoria está hoje inteiramente postergada ; pois repugna á consciencia juridica de nosso tempo a idéa de um estado em que o direito não impéra. Raras vezes apparece quem a defenda.

Pertencem ao segundo grupo, para recordar apenas alguns, Kant, Feuerbach, Filangieri e Geyer. O profundo philosopho de Koenigsberg ensina : — não ha estado algum em que seja permittido a alguém violar o direito alheio, salvo deante de uma aggressão injusta. O direito de necessidade não existe, porque é inconcebivel a existencia de direito contra direito. O acto praticado em estado de necessidade, embóra não isento de culpa, deixa de soffrer punição, porque a lei penal não póde ter efficacia intimidativa. ¹⁾ Feuerbach levou essa doutrina ás suas ultimas consequencias, negando a imputação. Elle assemelha o acto praticado em extrema necessidade a uma *infelicitas facti*. Filangieri diz que o homem, embóra em extrema necessidade, age livremente, mas que o legislador não póde exigir que elle, heroicamente, se sacrifique, para respeitar o direito alheio. A impunidade em tal caso é uma concessão á fragilidade humana. ²⁾ Esta é a teoria preferida pelos criminalistas franceses e belgas. Elles vêem na violencia moral e na debilidade do homem o motivo em que se baseia a impunidade do acto necessario.

O ultimo grupo se compõe dos escriptores que reconhecem a existencia de um direito de necessidade. ³⁾ Para

1) *Metaphysische Anfangsgruende der Rechtslehre*, vol IX (edição Rosenkranz), p. 37.

2) *Scienza della legislazione*, III, cap. 37. Esta doutrina foi abraçada, dentro e fóra da Italia, por muitos criminalistas. Ainda ha pouço por ella se pronunciou o austriaco Loeffler (*Der deut. Strafgesetzentwurf*, p. 42).

3) Partidarios deste direito são, entre os os escriptores mais modernos, Sauer, *Grundlagen d. Strafr.*, p. 330, e Hafter, *Lehrbuch*,

Hegel, surgia esse direito, ao achar-se a existencia de al-guem em conflicto com a propriedade alheia. O direito á vida, o mais absoluto de todos, devia prevalecer sobre os outros, de menos importancia. Seria uma iniquidade [im-molar o direito superior em protecção ao inferior. Esta teoria foi abraçada por Koestlin, Abegg, Levita e outros. Quizeram alguns epigonos estendel-a ao caso de collisão entre direitos ou bens de igual valor. Viram-se forçados, entretanto, a recorrer a outro fundamento. Isto, por exem-plo, se deu com Stammler, para quem, na luta entre dois direitos da mesma categoria — uma vida contra outra — o que triumpho representa, aos olhos da lei, o de maior valor. Na impossibilidade de justificar, com a teoria da collisão de direitos ou interesses, o homicidio commettido em estado de necessidade, opina o monographista Marchand que o mesmo não pôde ficar impune, deve soffrer uma pena atte-nuada. De modo diverso pensa um dos mais modernos e completos tratadistas do assumpto, o professor Asúa. Para este insigne criminalista, o character eximente do estado de necessidade se justifica plenamente. E tanto no ponto de vista objectivo como no subjectivo. Objectivamente: — se se trata de bens de valor desigual, a teoria da collisão, segundo a qual deve preferir-se o sacrificio do bem menos valioso, explica muito bem a impunidade do acto necessa-rio; se se trata de bens de valor igual, o evento constitue uma fatalidade, uma desgraça inevitavel, que se acha fóra dos li-mites do direito penal. Subjectivamente: — quer em um caso, quer noutro, se legitima o estado de necessidade pela falta de temibilidade do agente, pela sua nenhuma periculosidade. 1). Tambem os positivistas italianos reco-nhecem a legitimidade do acto praticado em estado de necessidade. 2).

p. 150. Adversario decidido de tal direito é Geyer. Nos **Kleinere Schriften**, p. 297, escreve elle: — “Toda tentativa de construir um direito de necessi-dade ha de fracassar, porque não pôde haver direito de commetter uma injustiça”.

1) **Ob. cit.**, p. 57.

2) **Ferri, Principii di dir. crim.**, p. 474.

Sendo assim tão divergentes os escriptores a respeito do fundamento philosophico e juridico do estado de necessidade, lógico e natural é que tambem o sejam no tocante á natureza intrinseca dessa circumstancia. Consideram-na muitos como causa que imprime ao acto o cunho de juridico. Outros, como causa apenas de inimputabilidade. Para estes, o acto não é licito, mas faltam ao agente as precisas condições de imputabilidade. Ha ainda quem encare o alludido estado como causa meramente escusativa, isto é, que só tem a virtude de libertar o autor da culpa. Não se supponha orphan de importancia pratica esta questão. Tem-na. As consequencias dimanantes de cada uma dessas opiniões, pelo menos das duas primeiras, são diversas, quanto á legitima defesa e á participação criminosa.

Se a doutrina allemã se mostra mais propensa á idéa de que o acto praticado em estado de necessidade não é contrario ao direito, a francesa e a italiana preferem o rumo opposto. Para ellas, esse acto é illicito, mas isento de punição. Motivos de natureza subjectiva servem de fundamento á impunidade.

II. — Vejamos agora como o codigo patrio regulou o interessante instituto do estado de necessidade. Antes de tudo, notaremos, reproduzindo observação já feita, que o codigo, como o de 1830, estabelece disposições separadas sobre a coacção physica ou moral e o mencionado estado. Esse dualismo é hoje reputado superfluo e sem razão. O que o individuo pratica violentado por força physica irresistivel não constitue acção, que interesse ao direito punitivo. A coacção moral é uma forma do estado de necessidade. ¹⁾

Sobre o character juridico da circumstancia prevista no artigo que examinamos, não ha, entre nós, pelo menos de *lege lata*, discussão possivel. E' uma justificativa, porisso o culpado, allegando-a, póde exclamar : — *feci, sed jure feci*. Dahi se deve concluir que contra o acto praticado

1) Assim] pensam] Binding, *Handbuch*, ps. 764 e 768 ; Oetker, *Vergleichende Darstellung*, p. g., II, 338 e 392 ; Schwartz, *Strafgesetzbuch*, § 4, 2 ; e outros muitos. No mesmo sentido, entre nós, Galdino Siqueira, *Direito pen. bras.*, I, 426 e Lima Drummond. *Lições*, p. 168.

em estado de necessidade não pôde haver legitima defesa. A participação em semelhante acto não constituirá coautoria ou cumplicidade puniveis.

Demasiadamente estreito é, sob um de seus aspectos o conceito do estado de necessidade formulado pela nossa lei. Só quem commette o crime para evitar mal maior, goza, por essa causa, de irresponsabilidade criminal. Fica dest'arte excluído o caso typico desse estado (*tabula in naufragio, duorum non capax*). E' assás conhecido o caso do hiáte "Mignonnette". Nosso codigo não o abrangeria, pois não admitte a justificativa no conflicto de interesses ou bens de valor equipollente. Mas, sob outro aspecto, tem o alludido conceito notavel amplitude: — comprehende tambem os conflictos de deveres juridicos. O individuo que deixa de cumprir um dever, cuja violação constitue crime, para dar execução a um dever superior, pôde invocar a justificativa: — pratica o *crime* para evitar mal maior. ¹⁾

Exige o codigo, para que se verifique a circumstancia do paragrapho 1.º do artigo 32, que concorram conjuntamente as seguintes condições:

- a) certeza do mal que (o agente) se propoz evitar;
- b) falta absoluta de outro meio menos prejudicial; e
- c) probabilidade da efficacia do que foi empregado.

Relativamente á primeira:

Não se contenta a lei em que o agente tenha receio ou desconfiança do mal. Quer a certeza. Nos seguintes termos explica um dos nossos mais apreciados criminalistas essa exigencia: — "Deve ser indubitavel o mal que o agente se propõe evitar. Elle vae oppôr a um mal outro mal; e como dos males o menor, é mister que o agente tenha plena certeza de que, não praticando o mal menor, se dará infallivelmente o maior". ²⁾ A certeza pôde basear-se em erro. Este não a exclue.

Quanto á segunda:

1) José Hygino, nota 6 ao paragrapho 33 da traducção de v. Liszt.

2) Filinto Bastos, *Lições*, p. 138.

E' preciso que o mal não possa ser afastado por outro meio menos prejudicial (principio da subsidiaridade). ¹⁾ Entre esses meios está a fuga. E tambem o pedido de auxilio ou soccorro. Falla o texto em falta *absoluta* de outro meio menos prejudicial ; mas o qualificativo não deve ser entendido com todo o rigor : — cumpre attender ao estado de animo em que a escolha foi realizada. ²⁾

A ultima condição — probabilidade de efficacia do meio empregado — assim se explica : — a utilização de um meio cuja efficacia não seja sequer provavel não servirá para resolver o conflicto. Será inadequada. E, na generalidade dos casos, produzirá dois males, em vez de um só. Dahi a exigencia de que o meio seja provavelmente efficaz. Queria Bentham, o inspirador de toda a doutrina do codigo sobre o instituto de que tratamos, ainda mais — a certeza da efficacia. Mas o nosso legislador se satisfez com menos. ³⁾

As referidas condições deverão concorrer, como se exprime o texto, conjuntamente.

Sem relevancia é a causa de que se origina o estado de necessidade. Póde elle resultar de um evento da natureza ou de um acto humano ; e este até do proprio necessitado.

Indaga-se se o acto, neste caso, precisa ser escoimado de qualquer culpa (em sentido amplo). Assim, exemplificando : — o individuo que, com o fito de praticar um furto, provoca uma desordem, e depois, para salvar a propria vida, penetra na casa visinha, contra a vontade do respectivo dono, póde invocar o estado de necessidade para se livrar da pena comminada á violação de domicilio? A resposta, tanto nas legislações como na doutrina, carece de uniformidade.

A' semelhança de outros codigos, o allémão (paragra-pho 54) insere a clausula de ser o estado de necessidade "sem

1) Muito bem disse Gautier, na segunda commissão de peritos : — "Le droit tiré de l'état de nécessité est strictement subsidiaire". As leis em geral alludem de modo expresso a esse principio.

2) Igual observação faz Groizard, commentando o artigo 8.º, 7. do Codigo Penal de seu país, que tambem exigia necessidade *absoluta*.

3) O Codigo Penal Português menciona o requisito da probabilidade da efficacia do meio empregado. O espanhol, o mexicano, o chileno, o uruguayano e outros não o fazem.

culpa". Isso foi repetido nos primeiros projectos de reforma ; os ultimos, porém, não mais o fizeram. Na exposição de motivos do de 1927 se escreveu : — "Excluir como principio o appello ao estado de necessidade por haver este sido produzido culposamente, é cousa que não se harmoniza com as idéas fundamentaes desse instituto (p. 23)". A modificação foi louvada, como verdadeiro progresso, por v. Hippel. ¹⁾ Outros applausos recebeu ella.

Mas não são unanimes os criminalistas allemães em aceitar a irresponsabilidade do necessitado culposo (*stricto sensu*) e em approvar a innovação introduzida nos ditos projectos. ²⁾ Em um ponto a concordancia se nos apresenta completa : — é no de não admittir que a eximente beneficie a quem, com dolo, haja provocado a collisão.

Tambem o codigo italiano faz referencia ao elemento subjectivo no estado de necessidade, dizendo — "al quale (pericolo) non aveva dato volontariamente causa". Esta phrase interpretam-na os escriptores como allusiva apenas ao dolo. Repete-a o projecto Rocco (artigo 56). Com o mesmo pensamento, o de Ferri assim se exprimia — "che non sia stato provocato dall'opera propria".

Das legislações promulgadas nos ultimos annos, não contém clausula alguma referente a esse elemento as do Perú (artigo 85, 3), da Turquia (parapho 42, 2) e da Espanha (artigo 60). ³⁾ A da Argentina segue systema inverso, empregando uma phrase technicamente infeliz — "a que ha sido extrano".

Perante a nossa lei, não vemos como se possa sustentar a opinião de que o estado de necessidade requer ausencia de culpa por parte do agente. Só com referencia ao dolo é ella verdadeira.

O mal maior consiste em um perigo para a vida, a integridade corporea, a propriedade ou qualquer outro bem

1) *Zeitschrift f. d. gesammte Strafwr.*, XLVIII, p. 33.

2) v. Bar, *Gesetz und Schuld*, III, 226 ; Gerland, *Der Entwurf* 1925, p. 43.

3) Nessa lista se inclue o russo (1927). Segundo Maurach, *Russischen Straf.*, p. 105, não precisa o perigo ser sem culpa.

juridico. Algumas legislações restringem o circulo desses bens. Mas essas restricções tendem a dessapparecer. Documentam este asserto os projectos allemães. O mal póde ser attinente ao proprio agente ou a terceiro.

Pessôas ha que, em certos casos, estão inhibidas de invocar em seu favor o estado de necessidade. O dever profissional ou contratual as obriga a arrostar o perigo. Estão nesse numero os soldados, os marinheiros, os bombeiros, os medicos, os enfermeiros, etc. Alguns codigos e projectos dispõem especialmente a esse respeito. ¹⁾.

Muitas vezes os actos realizados para a salvaguarda de bens ou interesses postos em perigo ultrapassam os lindes da necessidade. Dá-se então um excesso. Elle póde provir de simples casualidade, de culpa e até de dolo. A responsabilidade do agente dependerá de uma apreciação do elemento subjectivo. Em regra, o excesso nasce do temor, da perturbação ou abatimento de espirito produzidos pelo perigo. E difficilmente póde ser imputado á culpa ou dolo do necessitado.

Muitos codigos se occupam expressamente do excesso a que nos vimos referindo. São divergentes as soluções que adoptam. O italiano (artigo 50) e o turco (paragrapho 50) mitigam sensivelmente a pena. O japonês permite que, confórme as circumstancias, a pena seja abrandada ou relevada (paragrapho 37). O peruano dá ao juiz a faculdade de diminuir a pena, prudencialmente, até limites inferiores ao minimo legal (artigo 90). O argentino preceitua : — “El que hubiere excedido los limites impuestos... por la necesidad será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia”. A mesma variedade se observa nos projectos de refórma. Os suissos permitem ao juiz attenuar livremente a pena. O checo-eslovaco concede-lhe o poder de reduzir a pena de dois gráus (paragrapho 23,3, e 79). Dos allemães, os ultimos, como o primeiro, nada dizem a respeito. O de 1919 inseriu a seguinte disposição : — “Se o agente ex-

1) Codigo do Perú, artigo 85, 3.º; codigo do Japão, § 37; projecto grego, artigo 93; checo-eslovaco, § 23, 2, etc.

ceder os limites do estado de necessidade, poderá a pena ser attenuada (paragrapho III) ; se tiver obrado em virtude de excitação escusavel ou consternação (*Bestuerung*), não soffrerá pena alguma". Os dois primeiros projectos brasileiros (João Vieira e da Camara dos deputados) mandavam applicar a pena da cumplicidade no caso do excesso ; mas os dois ultimos (Galdino e Sá Pereira) acharam de melhor aviso omittir qualquer norma sobre a materia.

Menciona o codigo como circumstancia attenuante ser o crime commettido para evitar mal maior (artigo 42, 6.º). Refere-se este dispositivo a uma situação de necessidade em que não concorram os requisitos exigidos pelo artigo que commentamos, ou algum delles. Tem-se entendido que o excesso se encasa no conceito dessa attenuante.

Cessando a pressão do estado de necessidade, os actos posteriores (desde que não se trate de simples excesso) não merecem indulgencia alguma.

O estado de necessidade póde verificar-se em todos os crimes, dolosos ou culposos ; e tambem nas contravenções. E contra quaesquer pessoas. Não se excluem os parentes, por mais proximos que sejam, pois, como bem pondera Ali-mena, o dever moral de sacrificar-se não póde transformar-se em dever juridico. 1).

Possuem esse estado e a legitima defesa traços que os assemelham. Ha em ambos, encarados em sua materialidade, um crime. Tanto no estado de necessidade (pelo menos em geral) como na legitima defesa, um direito ou bem juridico só consegue manter-se á custa de outro, alheio. Têm essas duas situações requisitos communs, como a actualidade ou imminencia do perigo e certa proporcionalidade. Mas, na extrema necessidade, collidem dois direitos (ou dois deveres) ; e, na legitima defesa, a collisão se dá entre um direito e uma violencia injusta. Quem diz legitima defesa diz repulsa a uma aggressão injusta. O acto praticado *necessitatis causa* não é combate a uma injustiça. Assim se distinguem, de modo inequivoco, os dois institutos.

1) **Principii di dir. pen.** (trad. espanhola de C. Callón) II, p. 197.

Casos de extrema necessidade são bastante raros. O que mais interesse tem despertado é o do chamado furto necessário. Deve ser punido como crime o facto do individuo que, faminto, subtrai alimentos para saciar a propria fome, ou de quem, arriscado a morrer de frio ou a ficar em completa nudez, furta roupas para cobrir-se?

Os criminalistas da idade media discutiram com insistencia este problema, tornando-se *communis opinio* a impunidade do furto *propter necessitatem famis* ou *propter nimiam nuditatem*. Os mais diversos fundamentos foram adduzidos em abono dessa solução. O que mais frequentemente se invocou foi o do retorno á comunidade de bens em caso de necessidade. Esse argumento veio até Grocio, perdendo depois a pouco e pouco o valor que se lhe havia attribuido. O direito germanico, o canonico e a C. C. C. consagraram a impunidade do furto necessário.

Modernamente, depois de longo periodo de abandono e esquecimento, voltou o problema a servir de thema a estudos e debates. Deu aso a isso o processo que, em França, se moveu a Luisa Ménard, accusada de, em extrema penuria, haver furtado um pão. Absolveu-a o Tribunal de Chateau-Thierry, mas a decisão provocou desencontradas opiniões.

Apenas em duas ou tres legislações ainda se nos depara disposição especial acêrca do furto famelico (Codigo de Friburgo, artigo 59; dos Grisões, paragrapho 50, 4, e de Neuchatel). A sua superfluidade é indubitavel. ¹⁾ Em varios codigos encontramos a fome, a pobreza ou a miseria consideradas como circumstancias attenuantes (Codigo austriaco, paragrapho 46, f; paragrapho 264, f; tessinês, artigo 53, n. 2; espanhol, 1928, artigo 65, 3; etc.). Assim tambem em diversos projectos (suíço, red. de 1915, art.

1) São do professor Asúa as seguintes palavras: — "...el robo necesario, quando se considera ante el problema de *lege ferenda*, no precisa ser consignado en un articulo de los códigos penales, ni en una ley particular (**Der. penal moderno**, I, 463). O projecto Sá Pereira, em sua primeira fórmula, inseria um artigo relativo á fome ou miseria. Isso foi tachado de inutil. E com razão, como o proprio autor reconheceu.

63, 1; sueco, capitulo IV, paragraph 13, 3; cubano, artigo 55, 13.^a, c; etc.)¹⁾.

III. — O Codigo Civil patrio, como o allemão e o suiso, contém disposições concernentes ao estado de necessidade. Declara o artigo 16.^o não constituir acto illicito “a deterioração ou destruição da cousa alheia, afim de remover perigo imminente (artigos 1519 e 1520)”. E accrescenta : — “Neste ultimo caso, o acto será legitimo sómente quando as circumstancias o tornarem absolutamente necessario, não excedendo os limites do indispensavel para a remoção do perigo”. A respeito escreveu Clovis Bevilacqua : — “O perigo póde ameaçar a vida, a honra, a liberdade da pessoa ou de outrem. Para evitar o sacrificio de um desses bens, o direito autoriza a destruição ou deterioração da cousa alheia. Póde igualmente achar-se em perigo imminente um bem economico. Ainda, neste caso, o direito permite que se viole o direito de propriedade de outrem, para salvar o bem economico, se fôr absolutamente necessario, e se o mal, que se pretende evitar, fôr maior que o praticado para removê-lo. Exemplo : destroe-se um predio para evitar que o incendio se propague á rua inteira”.²⁾

Criticou-se o codigo pela adopção da responsabilidade nesse caso. De facto ella é antagonica com o principio da culpa, seguido pelo legislador. Motivos de equidade explicam a quebra do systema. Não é preciso recorrer a outros fundamentos.³⁾

1) O furto necessario preenche perfeitamente as condições do dispositivo que commentamos. Na vigencia do codigo da monarchia já isso fôra notado por Dias de Toledo, nas **Lições academicas sobre artigos do codigo criminal**, p. 227.

2) Codigo Civil Commentado, I, p. 413.

3) Sobre o estado de necessidade em materia criminal a bibliographia é enorme. Indice locupletissimo se encontra na optima monographia de Jiménez de Asúa, Sobre o furto famelico, recommenda-se especialmente o magnifico escripto desse criminalista estampado nos **Trabajos del seminario de derecho penal**, I, p. 265 e seguintes.

Art. 32. — Não serão também criminosos :

Paragrapho 2.º — Os que praticarem (o crime) em defesa legitima, propria ou de outrem.

A legitima defesa não é limitada unicamente á protecção da vida ; ella comprehende todos os direitos que pôdem ser lesados.

Art. 34. — Para que o crime seja justificado no caso do paragrapho 2.º do mesmo artigo (32), deverão intervir conjuntamente, em favor do delinquente, os seguintes requisitos :

1.º — Aggressão actual ;

2.º — Impossibilidade de prevenir ou obstar a acção ou de invocar e receber soccorro da autoridade publica ;

3.º — Emprego de meios adequados para evitar o mal e em proporção da aggressão ;

4.º — Ausencia de provocação que occasionasse a aggressão.

I.—O instituto da legitima defesa, reputado um dos mais perfeitos da parte geral do direito punitivo, tem a sua evolução historica muitissimo conhecida. Admittiam-no os romanos com relação a todos os direitos ou bens. E o assentavam na *naturalis ratio* e no *jus gentium*. Assim, diziam : — “*adversus periculum naturalis ratio permitet se defendere*”; e “*juris gentium est... ut vim atque injuriam propulsemus*”. 1). Tambem o direito canonico o considerava como de direito natural : — “*jus naturale est... violentiae per vim repulsio*”. Mas as idéas e sentimentos do christianismo, as maximas de caridade e perdão prégadas pela Igreja, levaram-na mui logicamente a procurar restringir a defesa privada. Foi vedada a defesa dos bens. O *modus defensionis* se tornou objecto de especiaes cuidados. Es-

1) E' trabalho perdido procurar nas fontes do direito romano uma teoria systematica da legitima defesa, levada até ás particularidades. A propria indole desse direito a isso se oppunha. Veja-se a proposito Levita, *Nothwehr*, p. 32.

tabeleceu-se que a defesa devia estar em proporção com a agressão : — “defensio debet esse offensioni proportionata”. Cerceando embóra a defesa propria, pelas mesmas razões, deu o direito canonico a maior amplitude á de terceiros. Tendo como dever o auxilio ao aggreddido, puniu como cumplice quem a isso se negava : — “Qui enim non repellit a socio injuriam, si potest, tam est in vitio quam ille qui facit”; “qui potuit hominem liberare a morte, et non liberavit, eum occidit”. ¹⁾

O antigo direito germanico, reconhecendo a defesa privada, estabelecia regras e presumpções que grandemente a delimitavam. Assim, segundo o direito bamberguense, quem invocava essa justificativa devia demonstrar que havia recebido um ferimento em qualquer parte do corpo (§ 158). Pelo direito territorial da Suabia, devia provar que havia recuado um certo numero de passos (artigo 79). A introdução do processo inquisitorio, a principio na Italia e depois na Allemanha, tornou inuteis essas presumpções.

A jurisprudencia italiana reconheceu a defesa privada em sua maxima anchura. E' certo que, sob a influencia dos escriptores canonistas, nem sempre foi vista com bons olhos ou até tolerada a defesa da propriedade. A doutrina italiana (especialmente como foi exposta por Aretino) serviu de inspiradora á Constituição Criminal de Carlos V, que se occupou do assumpto, na phrase de v. Liszt, “com a precisão e largueza de um tratado”. Ahi é regulada a legitima defesa como caso de homicidio licito. A sciencia e a praxe não lograram desenvolver convenientemente as idéas acolhidas pela C. C. C. Predominou a tendencia para restringir a legitima defesa. Por esse mesquinho espirito se caracterizam as legislações do seculo XVIII. Diversas condições (falta de previsão do ataque, de auxilio da autoridade publica, impossibilidade da fuga, etc.) procuram circumscrever a legitima defesa. As do seculo XIX desprendem esse instituto do crime de homicidio, a que andára sempre ajou-

2) Scherma, **Il diritto di difesa**, p. 48 : — “E per frenare il sentimento egoistico il Diritto Canonico la difesa propria in limiti ristretti ridusse, a meglio sviluppare l'altruistico, quella in altrui vantaggio impose”.

jado, e o collocam na parte geral. Poucas mantêm ainda o antigo systema. Na actualidade, figura a legitima defesa na grande maioria dos codigos com a maxima extensão, livre de arbitrariedades e desarrazoadas restricções. 1).

No entender de diversos criminalistas, alguns dos quaes de summa autoridade, ella se emancipou demasiadamente das considerações de ordem moral. 2).

II. — Discutem os escriptores, philosophos do direito e criminalistas, qual o fundamento racional da legitima defesa. Foi na Allemanha, sobretudo no seculo passado, onde mais se debateu esse problema. Entre as innumeradas teorias expendidas, merecem ser recordadas : — a de Fichte — a legitima defesa está fóra da esphera do direito ; a de Hegel ou da annullação da injustiça — a aggressão é a negação do direito, a defesa a negação dessa negação, isto é, a affirmação do direito ; a de Herbart e Geyer ou da retribuição do mal pelo mal — o delicto commettido em legitima defesa tem a sua retribuição (compensação) antecipada na aggressão injusta ; a da collisão dos direitos e deveres — de dois interesses em conflicto deve a lei sacrificar o menos valioso e tal se torna, pelo facto da aggressão, o do aggressor (v. Buri) ; a da inimputabilidade do agente — a aggressão torna incapaz de impugnação o agredido (Jarcke, Temme) ; a do estado de necessidade — a aggressão colloca a victima (o agredido) em situação dessa natureza (Stillmark, Janka, Liepmanna) ; e a da delegação (geral ou especial) do Estado — quem se defende desempenha uma funcção de

1) Em tres grupos, de fóra parte differenças nos pormenores, se classificam as legislações vigentes, relativamente ao instituto da legitima defesa :—o primeiro o colloca na parte geral e lhe dá a maxima amplitude (Codigo allemão, paragrapho 53 ; hungaro, artigo 79 ; hollandês, 41 ; japonês, paragrapho 36 ; argentino, artigo 34, 6.º ; etc.) ; o segundo, o põe na parte especial e o applica exclusivamente aos ataques contra a pessoa (Codigo francês, artigo 328 ; belga, 416 ; luxemburguês, 416 ; etc.) ; o ultimo toma posição intermedia—o regula na parte geral, mas o limita á defesa da pessoa (Codigo genebrino, artigo 54). Os modernos projectos seguem o primeiro systema, o unico acceptavel.

2) Oetker, *Vergleichende Darstellung*, A. T., II, 259 ; Liepmann, *Einleitung*, p. 180.

ordem publica, representa o Estado. Para os sectarios da escola positiva constitue a legitima defesa o exercicio de um direito, porque a reacção da victima da aggressão injusta obedece a motivos juridicos e sociaes. O reactor exerce um direito, porque (repetindo as palavras de Ferri) “egli agisce per motivi legittimi di propria od altrui conservazione di fronte a chi, contro il diritto, ha determinato una collisione, nella quale sarebbe immorale, invece, ed illegitimo e nocivo alla convivenza sociale, che il sopravvento spettasse all’ingiusto aggressore”.

Todas estas teorias, mais ou menos engenhasas, offerecem largo flanco aos ataques da critica. A verdade, nua e simples, é que a legitima defesa não passa de um acto de exercicio do direito : — é o proprio direito, atacado, em luta. No processo judicial, o direito se faz valer por meio do poder publico para isso constituido ; na legitima defesa, pela força do individuo. 1).

III. — Declara o codigo patrio que a legitima defesa póde ser propria ou de outrem. E accrescenta que ella comprehende todos os direitos que podem ser lesados. 2). Mais amplo do que o da monarchia, elle não reduz a defesa de terceiros á familia do defensor. Não ha direito (bem juridico) que não seja susceptivel de lesão ou periclitacão. A vida, a integridade corporea, a liberdade, o patrimonio, a inviolabilidade do domicilio, a honra, o nome, os direitos de estado e de familia, civicos, todos esses bens pódem ser atacados. A qualquer delles se applica a legitima defesa.

1) v. Bar. *Gesetz und Schuld*, III, 141.

2) Ferri, *Principii*, p. 470 : — “Non vi sono diritti piú o meno rispettabili e quindi per ogni diritto, personale o patrimoniale, ognuno deve poter esercitare una legitima difesa, per impedirne la violazione”. Assás defeituoso o artigo 58 do projecto Sá Pereira : — “A legitima defesa não se limita á protecção da vida, comprehende a propriedade e a posse, nos termos em que as protege o direito civil, o domicilio, a liberdade e a honra, nos termos em que os protegem a Constituição e as leis.” O casuismo é incompleto. A referencia ao direito civil, á Constituição e ás leis inutil.

Esta é a doutrina de nosso código. Ella não abrange as meras espectativas. 1).

De multiplas fórmias se pôde revestir a repulsa que constitue a legitima defesa. Citaremos a ameaça, o emprego da força, a lesão corporal, o homicidio, a privação da liberdade, o damnô, etc.

A collocação de apparatus explosivos, armas mechanicas ou armadilhas é fórmula licita de defesa ?

Parece-nos que sim, desde que taes engenhos não envolvam perigo para a collectividade. E' claro que a defesa só será legitima, se se verificarem os necessarios requisitos. 2).

Quem se defende ou defende bens juridicos alheios deve ter consciencia de sua situação e a vontade de salvar, pela reacção, os bens juridicos ameaçados ou postos em perigo. 3).

Examinemos as diversas condições que, segundo o nosso código, constituem elementos existenciaes da legitima defesa.

a) Uma aggressão actual.

Aggressão — define Frank — é o acto que se destina a alterar um estado existente pela violação de um bem juridico. 4). Stooss assim se exprime : — “Aggressão é uma actividade que põe em perigo o objecto contra o qual é dirigida”. 5). Ambos esses insignes criminalistas fazem notar que uma simples omissão não pode constituir aggressão. Esta não precisa ser culposa (em accepção generica) ; basta que não se funde em direito. Os actos autorizados pela lei, como, por exemplo, o desforço do possuidor esbulhado, não se encasam no conceito da aggressão. Nada influe que o autor desta seja um individuo incapaz de imputação — um

1) Schwartz, **Strafgesetzbuch**, § 53, 1, c.; v. Liszt, **Lehrbuch**, § 53, 1, c.

2) Hafter, **Lehrbuch**, p. 137 ; v. Liszt-Schmidt, **Lehrbuch**, § 33, II, b ; Garraud, **Traité de droit pénal**, II, p. 25 ; Alimena, **Principii** (trad. espanhola), II, 169 ; Asúa, **Der. pen. moderno**, I, p. 372.

3) Binding, **Handbuch**, I, 733.

4) **Strafgesetzbuch**, § 53, 1.

5) **Lehrbuch d. oest. Strafr.**, p. 146.

menor, um louco, um bêbedo, ou um hypnotizado. ¹⁾ Assim tambem que não seja punivel — um *extra-territorial*, um membro do Congresso (relativamente ás suas manifestações nas camaras). Todas as isenções das leis penaes e das do processo criminal carecem de efficacia em relação á legitima defesa.

A aggressão deve ser actual. Tal é a que começa a ser realizada, a que offerece possibilidade de continuação immediata ou a que se apresenta como proxima e imminente. Em-quanto perdura o perigo de ser lesado o bem juridico ou de proseguir a lesão, a aggressão é actual. Não exige a legitima defesa uma *laesio inchoata*. Muitas vezes a melhor defesa está em anticipar-se á aggressão. ²⁾

A aggressão póde reunir todos os elementos de um crime, e juridicamente consummado, sem que fique a victima privada de defender-se. Defende-se quem persegue o ladrão, que foge, para obrigar-o a restituir a cousa subtrahida. Fal-o igualmente quem procura pôr para fóra, á viva força, o individuo que lhe entrou em casa, sem licença, e dalli não quer retirar-se. E mais aquelle que, mettido em car-

1) O assumpto, de importancia teorica e pratica, é grandemente controvertido na literatura estrangeira. Entre os allemães, no sentido da legitima defesa : — Koestlin, **System**, 85 ; Levita, **Nothwehr**, 185 ; Seeger, **Abhandlungen**, I, 401 ; Merkel, **Lehrbuch** ; e muitos outros ; no de um estado de necessidade : — Haelschner, **System**, I, 263 ; Geyer, no **Rechtslexikon** de v. Holtzendorff, II, 904 ; Schuetze, **Lehrbuch**, 113 ; Stammler, **Darstellung des Notstandes**, 2 ; e outros. Entre os austriacos — no primeiro sentido — Finger, **Oest. Strafrecht**, I, 309 ; Stooss, **Lehrbuch**, 146 ; e no segundo — Hoegel, **Geschichte**, I, 184 ; Lammasch, **Grundriss**, 51. Na Italia, de accôrdo com os primeiros : — Majno, **Commento**, I, 122 ; Scherma, **Ob. cit.**, p. 222 ; Ferri, **Principii**, p. 473 ; com oa últimos Alimena, **Modificatori**, III, 54 ; Manzini, **Trattato** (2.^a ed.), II, 407 ; e outros. Em França, a maior parte dos escriptores reconhece a legitima defesa (Vidal, **Droit pénal**, n. 204 ; Garçon, **Code pénal**, 328, 90 ; Roux, **Droit pénal**, n. 140). Em nosso país, pela legitima defesa : — Galdino Siqueira, **Direito penal brasileiro**, p. 434.

2) Alimena, **Principios**, II, 137 : — "... a actualidade do perigo ha de ser entendida, em sua fatal realidade, tal como se apresenta ao espirito do agredido ; consequentemente, é possivel que o perigo comece antes de ser dado inicio á aggressão".

cere privado, se lança contra os guardas, procurando libertar-se. 1). E' erro identificar a consummação do delicto com a da aggressão.

b) Impossibilidade de prevenir ou obstar a acção.

E' o requisito da inevitabilidade. Se a pessoa aggredda tem outros meios de prevenir ou obstar a aggressão que não o de uma violação de bens juridicos do aggressor, deve preferil-os. Se o não faz, não póde abroquelar-se com a justificativa da legitima defesa. E' impossivel determinar *a priori* quaes esses meios. O auxilio de terceiras pessoas, o afastamento do lugar em que a aggressão se póde dar, a fuga deante do perigo, são alguns dentre elles: Devem ser conhecidos do aggreddo os meios de prevenir ou obstar a acção. O codigo bávaro (1813), em que se inspirou o legislador patrio, fallava explicitamente em "meios não ignorados do aggreddo".

O caracter subsidiario conferido pelo nosso codigo á legitima defesa é erro que a sciencia hoje em dia reprova. O appello a terceiras pessoas, como meio de prevenir ou obstar a aggressão, carece de valor, pratico e teorico: — nos verdadeiros casos de legitima defesa, a rapidez da reacção nem sempre permite pensar nelle; e só o poder publico, e não os particulares, tem obrigação de attender ao pedido de auxilio. A fuga não póde ser imposta ao aggreddo ou ameaçado, embora sem perigo e sem humilhação. Só mal entendida moral christã (*caritas christiana*) póde pretender que por essa fórma se avilte o direito perante a injustiça. Póde o prudente aconselhar ao fraco que se dobre covardemente á injustiça; mas ao Estado não fica bem exigir dos cidadãos que assim procedam, pois seria arvorar a poltroneria em dever juridico. 2). Alguns escriptores modernos são favoraveis á subsidiariedade da legitima defesa, no caso de a aggressão partir de individuo inimputavel. 3).

1) Mayer, *Der allgem. Teil d. deut. Strafgesetzb.*, 278: — "a privação da liberdade é uma aggressão que perdura".

2) Mayer. *ob. cit.*, 260.

3) Oetker, *Ob. cit.*, p. 282; v. Buri, *Gerichtssaal*, XXX, 471.

Pelo systema de nosso codigo, a possibilidade de fuga sem perigo e sem deshonra — o *commodus discessus* dos velhos criminalistas — exclue a legitima defesa. Mas indispensavel se torna a intervenção conjunta das duas circunstancias — sem perigo e sem deshonra. 1).

c) Impossibilidade de invocar e receber soccorro da autoridade publica.

Este requisito não é mais do que um dos casos comprehendidos no anterior. Foi inspirado igualmente pelo codigo bavaro de 1813 (artigo 125). Nota v. Bar, com inteira procedencia, que semelhante requisito é destituido de valor pratico. 2). Falla o codigo em “autoridade publica”. Cumpre entender que elle se refere ás autoridades obrigadas a prestar o seu auxilio, a intervir para obstar o conflicto. A possibilidade de um soccorro posterior não exclue a legitima defesa. O codigo portuguez diz : — “impossibilidade de recorrer á força publica”, phrase que tem a vantagem de ser mais precisa.

d) Emprego de meios adequados para evitar o mal e em proporção da aggressão.

Para que a defesa, propria ou de outrem, mereça o qualificativo de legitima, forçoso é que seja moderada. A moderação consiste no emprego de meios que, qualitativa e quantitativamente, estejam em relação com o ataque a repellir. Antigas legislações exigiam equivalencia entre o bem agredido e o mal causado ao agressor. Ellas não permitiam o emprego de meios capazes de produzir a morte deste ultimo senão quando o valor do bem agredido estivesse em proporção com o alludido resultado. Essa exigencia visava restringir a defesa da propriedade e da honra. Ainda em nossos dias ha quem sustente que, na legitima defesa da

1) Lima Drummond, *Lições de direito criminal*, p. 159; Galdino Siqueira, *Direito penal*, I, n. 283. A subsidiariedade da legitima defesa é uma idéa antiquada. Contra ella escreveu v. Ihering uma das mais bellas paginas de sua *Luta pelo direito*. O projecto Sá Pereira ainda exige que a aggressão seja “inevitavel sem perigo, humilhação ou vergonha”

2) *Ob. cit.*, III, n. 341.

propriedade, se deve attender ao valor do bem ameaçado e do lesado. ¹⁾.

O código brasileiro determina que a proporcionalidade deve existir entre a aggressão e a repulsa. A energia desta tem como medida a da primeira. O perigo subjectivo, e não o objectivo, deve ser o criterio para se decidir se houve ou não moderação. Diz muito bem o criminalista Lima Drummond: — “O conceito da moderação da repulsa é personalissimo e essencialmente subjectivo. Para bem apreciar-a, deve transportar-se mentalmente o julgador á situação em que se deparou o agredido no momento da aggressão, apuradas devidamente as circumstancias personalissimas do mesmo agredido, nesse momento. A difficuldade de semelhante apreciação dependerá da perspicacia do julgador e da natureza da prova produzida”. ²⁾. Acreditando o agredido na proporcionalidade do meio de repulsa empregado, terá por si a legitima defesa, pois nesta materia, como se exprimia Carrara, o putativo equivale ao real. ³⁾.

e) Ausencia de provocação que occasionasse a aggressão.

Sob provocação se entendem aquelles actos que, não importando propriamente uma aggressão, um ataque á esphera juridica do provocado, excitam o espirito deste e o levam a praticar a aggressão. E’ evidente que, para ex-

1) Favoraveis ao criterio da alludida proporcionalidade sao, entre outros: — v. Buri, **Gerichtssaal**, XXX, 463; Koehler, **Studien z. V. Entw.**, p. 25; Mittermaier, **Zeitschrift f. d. gesam. Strafrw.**, XXX, 651. Dos modernos codigos, em vigor, só o norueguês o adopta. Contra a proporcionalidade, assim entendida, principalmente, Levita, **Nothwehr**, p. 219 e seguintes.

2) **Ob. cit.**, p. 160. Como bem se diz na exposição de motivos do projecto checo-eslovaco, é para desejar que o juiz aprecie o acto praticado pelo agredido com condescendencia, pois é sabido que as coisas se apresentam áquelles que nellas tomam parte, mórmente quando não ha tempo para reflectir, de modo muito diverso daquelle em que depois, olhadas tranquillamente, ellas se mostram aos outros (p. 44).

3) Attendendo ao estado psychologico dos contendentes, admitte Ferri a possibilidade de uma legitima defesa reciproca (**Difese penali**, III, 227; **Principii**, p. 472). No mesmo sentido: G. Contu na **Scuola Positiva**, 1929 p. 155 e seguintes.

cluir a legitima defesa, não basta toda e qualquer provocação. Alguns codigos (como o espanhol, o argentino e outros) exigem que ella seja sufficiente, e com este qualificativo querem significar — que esteja em proporção com a aggressão. Apesar de não expressa, essa limitação, perfeitamente racional, deve ser adoptada em face de nosso codigo.

A doutrina que este acolheu, fazendo da ausencia de provocação requisito essencial da legitima defesa, não nos parece verdadeira. Recusar sempre ao *auctor rixae* o direito de defender-se importa desconhecer a intima natureza desse direito: — a culpa do *auctor rixae* muitas vezes não tira ao acto do *auctor pugnae* o character de illegalidade ou injustiça. E isto basta para que se não negue incondicionalmente ao primeiro a legitima defesa. Não foi sem razão que os criminalistas argentinos Herrera e Peco se manifestaram pela exclusão desse requisito no codigo de seu país.¹⁾ Quando a provocação é procurada como *pretextus defensionis*, não é possível reconhecer a legitima defesa.²⁾

Na defesa de terceiro, a ausencia de provocação se refere tanto ao aggreddido como ao defensor.³⁾

IV. — Desde que não concorra algum dos requisitos que acabamos de analysar, deixa a justificativa de existir. Mas o crime é attenuado pela circumstancia do paragrapho 3.º do artigo 42. Variam as legislações na maneira como regulam o chamado *excessus defensionis*. Algumas deixam-no sem punição, se elle provém de perturbação de espirito, medo ou susto. Fóra dessa hypothese o castigam com as penas do respectivo crime. E' o systema do codigo allemão (§ 53). Outras mandam sempre substituir a pena

1) Contra esse requisito, entre os nossos escriptores, Adherbal de Carvalho, **Prelecções de direito penal**, 113.

2) No sentido de uma aggressão mutua, illegal: — Oetker, **Ob. cit.**, p. 271; Stillmark, **Lehre v. d. Notwehr**, 83.

3) Escorel, **Codigo penal**, n. 516, diz que a ausencia de provocação é do aggreddido. Não nos parece certa a interpretação. Esclarecendo o que dissemos no texto: — quando a provocação parte do offenido, é. mistér que della tenha conhecimento o terceiro, defensor. Na ignorancia, não se lhe póde negar a legitima defesa.

do crime por outra menos grave. Assim dispõe o italiano (artigo 50). Nos projectos de reforma apparece a mesma divergencia. Os suissos dão ao juiz a faculdade de attenuar livremente a pena. Provindo o excesso de um estado escusavel de excitação ou perturbação, pôde o autor ser isento de toda pena. Identica é a solução do projecto checo-eslovaco (§ 24). Em nosso país, os projectos João Vieira e da Camara dos deputados mandam applicar a pena da cumplicidade. O do dr. Galdino Siqueira conserva o silencio do codigo em vigor. O do desembargador Sá Pereira isenta de responsabilidade quem ultrapassa os limites da legitima defesa por falta de ponderação, attribuiavel á propria aggressão ou ao modo como ella se realizou (artigo 55). Nenhum destes projectos, *in subjecta materia*, está livre de censuras. 1).

Transgredindo os limites da legitima defesa, quem se defende pratica um acto illegal, que autoriza a parte contraria a, por seu turno, defender-se. 2).

V. — Ao exercer a sua legitima defesa, pôde o aggreddido lesar direitos (bens juridicos) de terceiros ou da collectividade. Exemplificando ao caso : — o tiro desfechado pelo aggreddido contra a pessoa do aggressor fere um terceiro, que interviera para separar os contendores. B., assistindo a uma cerimonia religiosa, repelle uma insinuação offensiva do sacerdote, perturbando assim o exercicio do culto (Codigo Penal, artigo 186). A C. C. C., em seu artigo 145, declarava isenta de pena a lesão assim produzida. Essa doutrina teve larga diffusão, apparecendo expressamente consagrada em alguns codigos allemães do seculo XIX (Codigo de Baden,

1) As legislações seguem a respeito criterios diferentes. A mór parte dellas nada dispõe acêrca do excesso. Outras delle se occupam, declarando o aggreddido isento de pena, se occorrem determinadas condições (medo, terror, turbação de animo, etc.). Outras o consideram como simples attenuante. Algumas dão ao juiz a faculdade de attenuar a pena ou de eximir o aggreddido de qualquer castigo. Isto é o mais racional. No conceito de Hafter, a fórmula mais perfeita, pelo menos no ponto de vista teorico, é a do codigo dos Grisões.

2) Binding **Ob. cit.**, p. 573; Schwartz, **Ob. cit.**, § 53, 5; Stooss, **Oester. Strafr.**, p. 148; Garçon, **Ob. cit.**, artigo 329. 79 e seguintes.

paragrapho 86; da Baviera, 1861, artigo 72; etc.). As legislações modernas não se occupam da questão. Entendem muitos criminalistas que, sendo a legitima defesa o exercicio de um direito, não pôdem ser punidas as lesões della resultantes, embóra produzidas em bens de terceiros. ¹⁾ M. E. Mayer distingue: — se a lesão de bens do estranho se acha comprehendida dentro dos limites da defesa, gozará das prerogativas desta, pois não é possível bipartir a defesa, tendo-a em parte como legal e em parte como illegal; se está fóra, se com ella apenas se acha em ligação, será illegal, salvo o caso de extrema necessidade. Como exemplo da derradeira hypothese, lembra o citado criminalista o facto do individuo que, para se defender, arranca a bengala das mãos de um circumstante e a despedaça contra o aggressor. Só o estado de necessidade pôde, em relação ao terceiro, isentar da punição esse procedimento. ³⁾

VI. — A legitima defesa é propria ou alheia. Neste ultimo caso, pôde exercitar-se até em favor de pessoa inda não nascida. Alimena, Manzini e outros admittem-na em prol de um cadaver, para impedir factos que o offendam. ⁴⁾ E' sem relevancia que o aggreddido (o terceiro) tenha ou não conhecimento do auxilio e o approve ou não. Se o aggreddido consente na aggressão, quando o consentimento possa ter efficacia juridica, ficará excluida a legitima defesa.

Estabelece o nosso codigo requisitos identicos tanto para a defesa propria como para a de outrem. O moderno codigo espanhol, como o antigo, tratando da defesa de estranhos, exige que o defensor “no sea impulsado por venganza, resentimiento o otro motivo ilegitimo”. Mas os pro-

1) Frank, **Ob. cit.**, § 53, II; v. Calker, **Zeitschrift f. d. gesam. Strafwr.**, XII, 443; Schwartz, **Ob cit.**, § 53, 3; Binding, **Grundriss**, 189; etc.

2) v. Liszt, **Ob. cit.**, § 33, 2; § Beling, **Grundriss**, § 21, III, 1; Olshausen, **Commentar z. Strafgeb.**, § 53, 12, 2; etc. Foi esta opinião esposada em nosso país, pelo dr. José Hygino (nota e do **Tratado de v. Liszt**, § citado).

3) **Der allg. Teil d. deut. Strafgeb.**, p. 281.

4) Alimena, **Principios**, II, 144; Manzini, **Trattato**, II, 239.

prios criminalistas espanhoes criticam semelhante exigencia. 1).

Recommendam alguns escriptores que a intervenção em favor de terceiro se realize com cautela e ponderação. Conselho prudente. Mas convém segui-lo sem exaggero. 2).

1) C. Calón, **El nuevo código penal espanol**, p. 105.

2) Oplenta é a literatura relativa ao instituto da legitima defesa. Entre os escriptos mais recommendaveis, como as monographias de Levita, Geyer, Scherma i Fioretti e Zerboglio, merece salientado o de Oetker, na **Vergleichende Darstellung**, p. geral, II, p. 255 e seguintes. Na bibliographia brasileira : — A. Lemos Sobrinho, **Legitima defesa**, Rio, 1928; Pedro Vergara, **Da legitima defesa subjectiva**, Porto Alegre, 1929.

Art. 35. — Reputar-se-á praticado em defesa propria ou de terceiro :

Paragrapho 1.º — O crime commettido na repulsa dos que á noite entrarem, ou tentarem entrar, na casa onde alguem morar ou estiver, ou nos pateos e dependencias da mesma, estando fechadas, salvo os casos em que a lei o permite.

I. — Este dispositivo, que já se encontrava no codigo anterior (artigo 14, § 4.º), veio directamente do artigo 329 do codigo francês. Duvidosa é a razão a que obedeceu o legislador desse país. No entender de alguns interpretes, elle não fez mais do que consagrar um caso de legitima defesa dos bens, o direito, reconhecido desde a jurisprudencia romana, de matar o ladrão nocturno sorprendido em flagrante. Para outros elle quiz proteger a inviolabilidade do domicilio, durante a noite. Pensam terceiros, com melhores fundamentos, que foi a defesa da pessoa, ameaçada pela aggressão á inviolabilidade do domicilio, o motivo que o inspirou. Chauveau e Hélie assim se exprimem : — “C’est ne point á raison de la propriété menacée que la loi déclare l’homicide légitime, c’est uniquement á raison du péril qu’une agression faite au milieu de la nuit simple apporter aux habitants de la maison qui en est objet”. 1).

Garçon de igual modo se manifesta : — “Seule la crainte d’un danger grave contre les personnes peut expliquer la décision tranchante de la loi”. 2).

O artigo 329 do codigo francês foi reproduzido no da Belgica (artigo 417). Mas ahi se teve o cuidado de tornar bem claro, por duas clausulas restrictivas, o verdadeiro caracter da legitima defesa no caso previsto. 3). Tambem o codigo italiano contém disposição parallela á do citado artigo 329. Referindo-se ao espirito que a anima, escreveu acertadamente o monographista Scherma que ella “riflette

1) **Theorie du code pénal**, ed. belga, n. 2741.

2) **Code pénal annoté**, art. 329, 2.

3) Nypels, **Code pénal interprété**, art. 417, n. 10.

l'attacco vero e precipuo alla persona e non al patrimonio del proprietario". 1). Nada nos induz a acreditar que o legislador brasileiro tenha tido outro pensamento. Não teve elle em mira a defesa da propriedade ou do domicilio, mas sim a das pessoas, ameaçadas ou postas em perigo pelo ataque nocturno. Esta maneira de entender o texto legal produz, na pratica, resultados relevantes.

Ainda, sob outro aspecto, a determinação do significado attribuível ao artigo 329 é objecto de divergencia entre os criminalistas franceses. Tres são as soluções adoptadas. Sustenta a primeira que esse artigo tem função simplesmente exemplificativa. Que para a existencia da existência são necessarias todas as condições ordinarias. Os que assim pensam se apoiam, como argumentos principaes, nas palavras do relator Monsegnat e no respeito devido á vida humana. Dito artigo, assevera a segunda, encerra uma presumpção absoluta de legitima defesa. Quem repelle a invasão nocturna de seu domicilio, quaesquer que sejam as circumstancias do facto, tem por si a justificativa da legitima defesa, presumida *juris et de jure*. Affirma a ultima — a mais seguida das tres — que o artigo 329 contém uma presumpção legal, mas presumpção *juris tantum*, que póde ser destruída mediante prova em contrario. Commettido o crime nas condições previstas no referido artigo, nada cabe ao accusado provar : — toca ao ministerio publico demonstrar claramente que não occorreram os requisitos da legitima defesa.

Partidario desta doutrina, pondera Garçon que o juiz, conformando-se com o espirito da lei, deve mostrar-se muito rigoroso na admissão da responsabilidade. Basta que o homicida — adverte elle — possa ter ignorado as intenções de quem lhe violou o domicilio, que póssa ter sentido o menor receio quanto á sua segurança pessoal, para ficar acobertado pela presumpção da lei. 2).

1) **Legitima difesa**, p. 226. *Alimena, I limiti e i modificatori*, III, p. 105.

2) **Ob. cit.**, eod. loc., n. 6.

A vacillação dos escriptores franceses, a qual se reflecte nas decisões dos tribunaes, se nos depara igualmente na Italia.

O codigo patrio reputa praticado em legitima defesa, propria ou de terceiro, o factio descripto no paragrapho 1.º do artigo em estudo. O verbo empregado indica, sem duvida possivel, que se trata de uma presumpção. Qual, porém, a sua natureza? A doutrina do character absoluto dessa presumpção conduz a revoltantes absurdos e clamorosas injustiças. 1). Não merece acolhimento. Só a da relatividade, a que considera essa presumpção como *juris tantum*, concilia os interesses do accusado e os da sociedade. Essa presumpção cede á prova contraria, á prova de não haverem concorrido no caso os elementos communs da legitima defesa. Imperdoavelmente contraditório seria o legislador brasileiro se, exigindo para a legitima defesa da propria vida as condições restrictivas do artigo 34, as dispensasse em hypotheses de igual ou menor gravidade, de simples periclitacão desse bem ou de lesão de bens de inferior valia (como a violacão do domicilio). Essa presumpção não faz mais do que transferir para o ministerio publico ou para a accusacão particular o *onus* da prova. Muito bem escreveu illustre jurista patrio: — “**PRESUME-SE** que o accusado agiu em legitima defesa, mas não se véda que o ministerio publico ou a accusacão particular faça as suas perquisições e exhiba as suas provas, convencendo os juizes de que, em vez de legitima defesa, se commetteu um delicto, tanto mais repulsivo e condemnavel quanto mais odioso é o dolo com que o delinquente soube explorar a protecção creada pela presumpção legal”. 2).

No ponto de vista technico, é difficil justificar a presumpção a que nos vimos referindo. Uma presumpção

1) Com toda razão diz Garçon: — “En théorie, elle parait par son énergie assurer le respect du droit individuel; en réalité, elle est antisociale, et promet l’impunité á des criminels très coupables. Elle conduit á autorizer le meurtre commis, sans aucune intention de défense, par pur esprit de vengeance ou même d’avarice, et il n’est pas vrai que le code justifie de pareils crimes (ob. cit., n. 5).

2) Pedro Lessa, na *Gazeta jurídica*, XXII, 188.

legal só se deve admittir, tanto no direito criminal como no civil, quando ha impossibilidade ou extrema difficuldade de prova directa. O'ra, essa prova, relativamente ás condições da legitima defesa, no caso do paragrapho 1.º, nada apresenta de anormal : — é perfeitamente possivel e sem difficuldade extraordinaria. Em materia de legitima defesa, abrir excepções ás regras communs da prova é, como já se disse, um anachronismo. 1). Improvamos porisso o fossilismo dos nossos projectos de refórma, os quaes (exceptuado o do dr. Galdino Siqueira) ainda agasalham a figura da legitima defesa presumida. Não se invoque, como desculpa, o exemplo de algumas legislações recentes (a argentina, a espanhola e a turca). Neste ponto, como em outros, essas legislações nasceram antiquadas.

II. — Os elementos componentes dessa especie de legitima defesa são :

a) a entrada, ou tentativa de entrar, em casa por outrem occupada, nos pateos e dependencias da mesma, estando fechadas ;

b) a repulsa contra esse facto ; e,

c) a circumstancia da noite.

O primeiro desses elementos corresponde á aggressão actual. Essa aggressão precisa ser illegal. Quem penetra, ou procura penetrar, em uma casa para acudir a victimas de crimes ou desastres (*Constituição federal*, artigo 72, § 1.º), não póde ser repellido pela força. E' um acto esse perfeitamente licito ; e contra actos dessa natureza não tem cabimento a legitima defesa. A entrada póde ser de qualquer modo. A tentativa de entrar exige começo de execução. O codigo turco admittre a legitima defesa presumida tambem no caso de se pôr fogo á casa ou dependencias. O espanhol vae além, pois assim se exprime : — “y siempre en el caso de incendio, explosión o inundación intencionales”. 2).

1) Koestlin, *System d. deut. Strafr.*, p. 95, 3.

2) O codigo italiano estende a presumpção á hypothese de se acharem a casa e suas dependencias em lugar isolado e de haver fundado receio quanto á segurança de quem ahi se encontre.

O segundo elemento — a repulsa — que, no systema do codigo francês, consiste em homicidio ou lesões corporaes (*coups et blessures*), pôde revestir-se, no nosso direito, de qualquer das fórmias da defesa. A repulsa é sempre presumidamente justa. Cabe ao accusador provar o contrario. Assim, exemplificando, pôde elle demonstrar a falta de proporcionalidade entre a aggressão e a reacção. Um individuo penetra em um quintal para furtar gallinhas da capoeira. O morador da casa, apesar de conhecer o intuito do ladrão, apesar de não ignorar que a sua segurança pessoal não corre perigo, desfecha-lhe um tiro e o mata. Não terá por si a legitima defesa. O mesmo acontecerá no caso de ser o tiro dado contra o ladrão em fuga.

Na jurisprudencia francesa, em dois casos celebres (processos Braquet e Casabonne), se decidiu que tinha em seu favor a justificativa do artigo 329 o marido que matava o amante de sua mulher, quando este, á noite, procurava penetrar no lar conjugal. A Garçon pareceu essa solução muito contestavel. Sem a delicadeza do euphemismo, melhor teria dito que ella era, positivamente, desacertada. ¹⁾ Em outros dois casos semelhantes (os da condessa Jeufosse e de Pochon) a solução foi identica. Desaprovou-a Vidal opinando que a interpretação era exaggerada e contraria ao espirito da lei. ²⁾

Abrange a presumpção o caso em que o ingresso na casa, pateo ou dependencia se tenha dado de dia, mas só venha a ser percebido no correr da noite ?

1) E' de Groizard o seguinte trecho : — 'El que en las altas horas de la noche ve asaltada su casa teme con razon por su vida y la de su familia. Si para librarse del peligro de que se vé amenazado hiere ó mata al que cree dispuesto á atentar contra su seguridad personal, en su derecho está, y debe ser declarado inculpado. Pero si no abriga ese temor, si sabe que no es un ladron ni un enemigo el que viene á turbar su reposo; que es, por ejemplo, un amante que concurre á una cita, y sobre él hace fuego, en vano será que invoque el haber obrado rechazando una agresión ilegítima, porque, aunque lo fuera, en el sentido que el numero usa esta palabra, la invasión nocturna del domicilio, siempre faltaria para la declaracion de irresponsabilidad la necesidad racional del medio empleado para impedir la ó repelerla' (El código penal de 1870, I, p. 230).

2) Cours de droit crim., n. 208.

Entende Garçon que sim, o que se nos afigura bastante discutível. O código argentino prevê a hypothese, mas exige, para que se verifique a presumpção, resistencia por parte do individuo encontrado dentro da casa.

O elemento da noite suggere as mesmas difficuldades de sempre.

Que se deve entender por noite?

Em outro lugar (artigo 39, § 1.º), será o assumpro estudado com maior largueza. Aqui, basta que se diga ser a palavra “noite” synonyma de escuridão. Ella indica espaço de tempo que decorre da terminação do crepusculo vespertino ao do crepusculo matinal. E’ este o conceito geralmente abraçado pelos nossos criminalistas.

Falla o código em “pateos e dependencias da mesma (casa), estando fechadas”. A expressão “casa” deve ser comprehendida amplamente: — abrange navios, circos, ranchos (fechados), etc. São dependencias as capellas, casas de machinas, tulhas, paiões, jardins, estrebarias, etc. 1). Os fechos podem consistir em portas, muros, sebes, vallados, etc. O que os caracteriza é servirem de obstaculo (relativo) ao ingresso nos edificios, pateos e dependencias.

A repulsa póde partir da propria pessoa que se ache dentro da casa ou de um terceiro, de fóra. 2).

1) O código belga, no artigo 480, enumera exemplificativamente as dependencias.

2) Em sentido contrario: — Altavilla, *Delitti contro la persona*, no *Trattato* de Florian e outros, X, p. 182. Pela affirmativa: — Alimena *ob. cit.*, p. 113, o qual lembra, como da mesma opinião, outros escriptores italianos e franceses.

Parapho 2.º — O crime commettido em resistencia a ordens illegaes, não sendo excedidos os meios indispensaveis para impedir-lhes a execução.

I. — A legitima defesa se exerce não só contra os particulares, mas tambem contra as autoridades, os funcionarios do poder publico. Em varias passagens do direito romano vemos reconhecido esse principio (L. 5, C., *de jure fisci*, X, 1 ; L. 4, C., X, 30 ; L. 5, C., *de execut.*, XII, 61 ; Nov. 124, cap. 3 ; etc.). Assim tambem no canonico. Na idade media, diversas legislações (pondo um só exemplo, a C. C. C.) admittiram expressamente a faculdade de resistir ao funcionario que agia fóra da lei.

Sobrevindo a revolução franceza, as leis penaes de 1791 estatuiram que a resistencia só constituiria offensa á lei, quando opposta ao representante da autoridade “*agissant légalement dans l'exercice de leurs fonctions*”. O artigo 11 da Constituição de 24 de maio de 1793 proclamou o direito de repellir com a força todo acto praticado fóra dos casos e sem as fórmulas determinadas em lei. E accrescentou que tal acto era arbitrario e tyrannico.

Esse principio liberal, mudadas as condições politicas, pareceu perigoso. Por esse motivo, segundo tudo faz acreditar, o codigo de 1810, definindo, no artigo 209, o crime de rebellião, calou a circumstancia de serem ou não legaes as ordens ou determinações da autoridade. Dessa omissão nasceu a jurisprudencia contraria á these do direito de resistencia, jurisprudencia inda hoje dominante.

O codigo bávaro (1813) tambem deixou de referir-se ao elemento da legalidade do acto praticado pelo agente do poder publico. Imbuídos das idéas absolutistas então espalhadas, os commentarios officiaes (devidos, como é sabido, a Goenner) consideraram punivel toda resistencia violenta ás ordens das autoridades, apesar de illegaes. Argumentou-se que seria deixar a autoridade desarmada e impotente conceder aos subditos o direito de resistencia, embóra sómente em relação a actos illegaes. Accrescentou-se que isso equivaleria a tornar o individuo juiz da propria

causa. Contra essa teoria se manifestaram notaveis representantes da sciencia. E foi repellida por diversos codigos territoriaes da Allemanha. O do imperio, em consequencia de emenda apresentada, na respectiva dieta, pelos deputados Planck e Lasker, incluiu na definição do crime de resistencia o elemento da legalidade do acto praticado pela autoridade. Esse elemento apparece tambem no artigo 179 do codigo hollandês. E em outros.

No direito inglês, as penas estabelecidas nas diversas leis para os casos de residencia ás autoridades só se applicam, quando o funcionario age legalmente. Grande extensão se attribue, na livre Inglaterra, ao direito de resistencia e de defesa contra actos das autoridades. Tornou-se famoso o caso do criado do sir Henri Ferrers; e não menos o de um individuo, de nome Tooly, que, no tempo da rainha Anna, se oppôz á prisão de uma mulher, matando o *constable*.

A Italia parte da presumpção de legalidade do acto praticado pelo agente do poder publico; mas, no artigo 192 de seu codigo, consigna uma discriminante, dizendo: — “Quando il pubblico ufficiale abbia dato causa al fatto eccedendo, con atti arbitrarii, i limiti delle sue attribuzioni non si applicano le disposizioni degli articoli precedenti”. A commissão revisora do projecto que depois se transformou nesse codigo quiz addicionar ao citado artigo uma alinea, na qual se distinguiu entre a illegalidade da substancia e a da fórma; mas esse accrescimo não logrou approvação. Nesse país é tão firme e divulgada a convicção da legitimidade da resistencia aos actos illegaes dos funcionarios publicos que houve quem, na commissão revisora, pensasse ser dispensavel o artigo do projecto correspondente ao artigo 192 do codigo (Arabia, Costa e Brusa). Tuozzi exclama: — “Ne v’ha alcuno tra noi che oggi seriamente pensi il contrario” 1).

Em quasi todos os países do mundo culto impéra o principio de que a resistencia aos actos illegaes dos funcionarios publicos, dos agentes do poder, não constitue

1) *Corso di dir. penale*, III, 236.

delicto, pois representa o exercicio de um direito.¹⁾ E' a França talvez quem se mostra mais ciosa da obediencia aos seus funcionarios. Segundo o testemunho de Garçon: — “La pratique peut être considerée comme fixée contre le droit de résistance á un acte illegal”.²⁾

II. — O codigo criminal de 1830, paragrapho 5.º do artigo 14, declarava justificavel o crime perpetrado em resistencia á execucao de ordens illegaes, não se excedendo os meios necessarios para impedi-la. E no artigo 144 definia: — “São ordens e requisicoes illegaes as emanadas de autoridade incompetente, ou destituídas das solennidades externas necessarias para a sua validade, ou manifestamente contrarias ás leis”.

O codigo actual deu a essa justificativa caracter meramente presumptivo. Como no caso do ataque nocturno, elle presume o concurso das condições do artigo 34, mas a presumpcao é incompleta, pois a clausula — “não sendo excedidos os meios...”, de natureza positiva, precisa ser demonstrada. Resurge a questao de saber se se trata de uma presumpcao *juris et de jure* ou *juris tantum*.

A nosso ver, a presumpcao é da primeira especie: — não admite prova que a elida.³⁾ Se fosse *juris tantum*, não teria o legislador necessidade de fazer referencia expressa á proporcionalidade dos meios empregados.

Em nenhuma outra legislacao, que nos conste, se encontra disposicao igual á que commentamos. Deixa patente

1) Borciani, **Ribellione**, pag. 52: — Il principio fondamentale dell'odierno diritto publico non permette piú che si discuta se il cittadino ingiustamente aggredito nei suoi diritti (sia pure anche da persona rivestita di publico ufficio) possa difendersi opponendo anche la forza alla forza o se debba invece soffrire la ingiustizia e il danno, salvo poi ricorrere dopo contro l'ingiusta aggressione: il rispetto alla libertà individuale (che nella maggior parte dei casi in tali contingenza viene offesa) é ormai troppo sentito perché si possa piú dubitare del diritto che il cittadino conserva sempre di legittima difesa contro chiunque a codesta libertà voglia recare nocumento”.

2) **Code Pénal Interp.**, art. 209, n. 138.

3) **Esmeraldino Bandeira, Direito penal militar**, p. 392.

esse facta a sua superfluidade. Mas, não obstante isso, ella ainda apparece nos projectos de refórma. 1).

Se, na resistencia ás ordens illegaes, forem excdidos os meios indispensaveis para lhes impedir a execução, terá o delinquente em seu favor a attenuante do paragrapho 4.º do artigo 42. Como veremos, no commentario a esse paragrapho, ainda quando doloso, o excesso gozará da attenuação. 2).

1) O do dr. João Vieira e o da Camara dos deputados conservam o systema vigente. O do dr. Galdino Siqueira volta ao do codigo da monarchia. O do desembargador Sá Pereira mantem a presumpção, excluindo qualquer incerteza a respeito do character que lhe foi attribuido : — “Estará em legitima defesa aquelle que se oppuzer á execução de ordens illegaes, se, para impedil-a, se limitou aos meios indispensaveis”. Melhor fôra que semelhante presumpção ficasse no limbo.

2) Sobre a legitima defesa contra actos da autoridade publica, além da monographia de v. Kallina, **Nothwehr gegen Amtshandlungen**, Praga, 1898, o livro de v. Bar, **Gesetz und Schuld**, III, § 75.

TITULO IV

Das Circumstancias aggravantes e attenuantes

Art. 36. — As circumstancias aggravantes e attenuantes dos crimes influirão na aggravação ou attenuação das penas áquelles applicaveis.

I. — A determinação da medida da pena, nos varios casos sujeitos ao *verdictum* dos tribunaes, constitue um dos problemas mais difficeis e importantes do direito punitivo.

Ensina-nos a historia que essa determinação, estabelecida a principio pela lei de modo definitivo e absoluto, só no correr dos tempos, como resultado de lenta evolução, passou a ser feita pelo juiz. Entre os romanos, sómente no periodo imperial, com o alargamento da *extraordinaria cognitio*, foi concedida ao juiz a attribuição de graduar a pena, attendendo ás circumstancias occorrentes. Na idade media, as penas começaram a ser absolutamente determinadas, tornando-se, depois, cada vez mais arbitrarías. Causa dessa transformação, desse phenomeno, foi a ausencia de principios leaes reguladores da gradação.

Os escriptores do periodo philosophico, combatendo o arbitrio da applicação das penas, cahiram no excesso opposto. As teorias de Montesquieu e Beccaria tiraram aos juizes toda liberdade na fixação da medida penal. O primeiro dizia : — “Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent moderer ni la force ni la rigueur. Des trois puissances dont nous avons parlé celle de juger est en quelque façon nulle”. No mesmo tom se pronunciava o segundo. Essas teorias levaram ao estabelecimento de penas absolutamente determinadas, á prohibição da interpretação e do emprego da analogia. Genuino representante da applicação dessas idéas é o codigo francês de 1791.

Da luta dos dois principios resultou o systema que dominou no seculo XIX, o systema das comminações penaes relativamente determinadas. As penas têm uma escala que se desenvolve entre um minimo e um maximo. Dentro destes limites, cabe ao juiz a delicada missão de fixar a pena applicavel em cada caso concreto. Para fazel-o, deve elle attender ás circumstancias do crime, tanto ás que e prendem á pessoa do delinquente (circumstancias subjectivas) como ás referentes ao facto e seus elementos materiaes (circumstancias objectivas). Dessas circumstancias, umas levam a pena em direcção ao maximo — aggravam-na. Outras, baixam-na para o minimo — attenuam-na. E' o que o codigo diz (aliás sem necessidade) no artigo supra.

II. — Segue o nosso codigo o defeituoso methodo de indicar, taxativamente, na parte geral, as circumstancias aggravantes e attenuantes dos crimes. Não ha quem desconheça os inconvenientes desse processo. Ao legislador mais arguto [e providente é impossivel imaginar as infinitas circumstancias que podem e devem influir na graduação da pena. Um *numerus clausus* em semelhante assumpto será sempre incompleto. A individualização da pena, assim cerceada a liberdade do juiz, não passará de uma utopia.

Alguns codigos, confessando tacitamente ser tarefa irrealizavel a enumeração exhaustiva das circumstancias que acompanham as acções criminosas e que devem ser tomadas em consideração na medida da pena, adoptam uma *clausula generalis*, destinada a acogular as lacunas. Assim procedia o espanhol, o qual encerrava o catalogo das attenuantes com este larguissimo dispositivo: — “Y, ultimamente, cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga á las anteriores”. 1). Diversas legislações da America espanhola (Codigo argentino, revogado, artigo 83,7; uruguayano, artigo 18.11; etc) imitaram este exem-

1) Laget-Valdeson e Luis Laget, no seu livro *Théorie du code pénal espagnol comparé avec la législation française* fizeram uma critica profunda e justa do systema do codigo espanhol.

plo. Inseria o antigo código de Portugal duas disposições dessa especie, uma relativa ás attenuantes (artigo 20, 11) e outra ás aggravantes (artigo 19, 22). O actual, ouvindo a procedente censura de Levy Jordão, riscou a segunda.

A adopção de uma *clausula generalis* importa a condemnação do proprio systema.

Quando percorremos, examinando-as, as legislações penaes dos povos mais adeantados na cultura juridica, verificamos a existencia de um grupo que, na fixação da medida da pena, dentro da escala legal, concede ao juiz a mais completa liberdade. Faz parte desse grupo a allemã. Porisso, o código em vigor na Allemanha não fornece regras geraes para a determinação da pena nos casos concretos. Os perigos e inconvenientes que semelhante falta acarretava foram reconhecidos nos trabalhos para a elaboração de novo código. O primeiro projecto (1909), em seu paragrapho 81, assim preceituou: — “Na fixação da medida da pena, dentro dos limites estabelecidos pela lei, devem ser attendidas todas as circumstancias que possam attenuar ou agravar a mesma pena, especialmente o sentimento criminoso revelado pelo facto, os moveis que levaram o autor a pratical-o, o fim que elle teve em mira, o impulso que determinou a execução do facto, as condições pessoaes e economicas do mesmo autor, se elle se mostrou arrependido e se envidou esforços para reparação do damno produzido”. Conforme se explicou na exposição de motivos, essas indicações não pretendiam restringir a liberdade dos juizes, servindo apenas como meios para instruil-os e auxilial-os. O contra-projecto dos quatro professores (v. Liszt, Kahl, Goldschmidt e v. Lilienthal) reproduziu letra por letra o citado paragrapho 81. Os dois ultimos excluíram do rol das circumstancias attendiveis os resultados do facto que não fossem attribuiveis á culpa (sentido lato). Pareceu aos organizadores desses projectos que, para a individualização da pena, careciam elles de importancia.

O methodo a que nos vimos referindo tem conquistado adeptos. Adoptam-no o código argentino (artigo 41) e o peruano (artigo 51). Dentre os projectos, alguns tambem

o fazem (exemplo: os dinamarqueses e o grego). Merece transcrição o paragrapho 64 do checo-eslovaco: — “Nos limites marcados pela lei, fixará o tribunal, segundo a culpabilidade do agente, a medida da pena. Para esse fim, deverão ser attendidos os motivos que deram lugar ao facto, a periculosidade do agente, a vida anterior do mesmo, o seu comportamento posterior, especialmente se se esforçou por fazer desaparecer o damno ou reparal-o, bem como o objectivo da pena e os provaveis effeitos della”. A referencia ao fim da pena e aos provaveis resultados de sua applicação representa verdadeira novidade.

Em contraste com a evolução assignalada por estes exemplos, o recente codigo espanhol se conservou aferrado ao systema tradicional no país. Elle aumenta a lista das circunstancias attenuantes e aggravantes ¹⁾, separa-as em dois grupos, e crea uma terceira classe, a das mixtas. Tambem os projectos italianos elegeram o obsoleto methodo da enumeração taxativa.

Todos os escriptores de politica criminal estão de accordo em opinar que a individualização da pena não póde ser feita sómente pela lei. E' sobretudo obra do juiz, o qual necessita, para bem desempenhar-se dessa espinhosa tarefa, das mais amplas faculdades. Ora, a enumeração limitativa das circunstancias attenuantes e aggravantes, cerceia e embaraça a livre actividade do juiz. O systema, portanto, não corresponde ás hodiernas exigencias da prevenção especial. ²⁾ Andam mui sabiamente as legislações que, em vez delle, adoptam o de subministrar aos juizes indicações geraes e abstractas, que lhes deixem a necessaria liberdade na determinação da medida da pena.

Os dois primeiros projectos brasileiros — o do professor João Vieira de Araujo e o da Camara dos deputados, não se animaram a tomar senda nova. O do dr. Galdino

1) Entre estas, merece ser citada, pela sua modernidade a seguinte: — “Enplear en la ejecucion del delito automóviles, aeronaves o otros medios de analoga eficacia y que faciliten la huida del infractor o la ocultación del mismo, de la victima o de los efectos del delito”.

2) Rosenfeld, *Vergleichende Darstellung*, A. T., III, p. 142 :

Siqueira, depois de longa nomenclatura das duas especies de circumstancias, procurou remediar os inconvenientes de um *numerus clausus* com o seguinte dispositivo: — “A enumeração feita de circumstancias attenuantes ou aggravantes não exclue outras que possam occorrer em cada caso, e que serão determinadas attendendo-se á extensão do damno ou prejuizo causados pela acção, aos motivos que impeliiram o agente, sua tenacidade em superar os obstaculos oppostos á execução do crime, sua intelligencia e fraude ou forças empregadas no preparar ou completar a acção, sua determinação mais ou menos propria, sua conducta”. O do desembargador Sá Pereira incorre tambem no que uma grande autoridade qualificou de “peccado de regressão”¹⁾: — indica taxativamente as circumstancias attenuantes e aggravantes.

III. — Cumpre não confundir as circumstancias attenuantes que dão lugar ao abrandamento da pena dentro dos extremos da escala normal com as que permitem seja a mesma pena fixada abaixo dessa escala (circumstancias attenuantes genericas). Este instituto, criação do direito francês²⁾, acha-se implantado na Allemanha, na Italia e em outros países. Os criminalistas allemães, em seu maior numero, lhe são adversos. A despeito dessa opposição, elle foi conservado nos projectos de refórma.³⁾ O contra-projecto o estendeu a todos os crimes.⁴⁾

1) Jiménez de Asúa, **La unificación del der. pen. en Suiza**, p. 316. Occupando-se com o projecto sueco, que tambem fez uma enumeração de circumstancias, disse o eminente professor madrileno: — “... Estaria (o ante-projecto) más conforme con los [nuevos] principios científicos si prescindiera de toda enumeración, dejando a los tribunales — al determinar la pena que corresponde a cada delito — libertad suficiente para que proporcionasen el castigo al peligro proveniente del culpable y de su acto”.

2) Ligeiro historico em Vidal, **Cours de droit criminel**, n. 239 e seguintes.

3) Goetze, **Die mildernden Umstaende**, 1: — “Louva-se, censura-se, condemna-se, ás vezes com expressões acerbas, este systema, mas continua-se a mantel-o, porque é commodo e porque não é facil arranjar-lhe substituto”.

4) Tambem o fizeram os projectos de 1919, 1925 e 1927.

A idéa de uma atenuação extraordinaria da pena é perfeitamente accetavel, sobretudo onde os minimos da escala ordinaria sejam elevados demais. Em nosso país, a pena minima do homicidio doloso é de seis annos de prisão cellular. A do crime de lesões corporaes (artigo 303) é de tres meses. Essas penas, em alguns casos, são excessivas e injustas. Assim, não tendo os tribunaes meios de evitar uma punição immerecida : — absolvem. Os países que, como a Hollanda e a Inglaterra, não estabelecem minimos especiaes não sentem necessidade de recorrer ao instituto das circumstancias attenuantes genericas. Os outros, sim.

Propugna-se modernamente a idéa de dar ao juiz, nos casos de criminalidade levissima, o direito de attenuar livremente a pena ; e, ainda mais, de não impôr pena alguma (perdão judicial). Muitos projectos de refórma a consagram. Vem a talho um exemplo, os allemães. 1). O do desembargador Sá Pereira permite em alguns casos a atenuação livre, não podendo, porém, ser transposto o minimo generico da pena. E dá ao juiz a faculdade de, motivando a decisão, abster-se de qualquer pena nos casos levissimos, punidos só com multa ou com detenção por menos de um mês (artigo 132). O perdão judicial conta ardentes entusiastas. Não lhe faltam, todavia, adversarios. No entender de Hafter, a idéa não está sufficientemente amadurecida para ter acolhimento na parte [geral] dos [codigos] penaes. 2).

1) Mittermaier, em um dos annexos ao projecto de 1927, resume muito bem o que a respeito dispõem as legislações e projectos. Veja-se tambem :— Rosenfeld, *Ob. Cit.*, p. 165 e seguintes. No Congresso Juridico de Bamberg (1921) foi o assumpto muito debatido. Por pequena maioria, pronunciou-se o congresso desfavoravel ao instituto da renuncia da pena (*Absehen von Strafe*).

2) *Lehrbuch d. schw. Strafr.*, pag. 190.

Art. 37. — A circumstancia aggravante não influirá, todavia, quando fôr elemento constitutivo do crime.

I. — Disposição ociosa, mutuada da legislação portuguesa. De certo que o elemento integrante de um crime não pôde ser circumstancia accidental, para aggraval-o. No código de 1830 não havia disposição igual a esta. E, note-se ainda, ella só se refere á circumstancia aggravante, quando não se pôde pôr em duvida que o principio se applica tambem á attenuante. Assim, plausivelmente, entende a jurisprudencia portuguesa. ¹⁾

Nem sempre é facil dizer se determinada circumstancia entra ou não como elemento constitutivo do crime. Casos ha, porém, que não admittem discussão; assim, o do arrombamento, escalada ou emprego de chaves falsas, no roubo; o da fraude, no estellionato e na fallencia dolosa (bancarrota); o da superioridade em forças, no infanticidio, etc.

II. — No projecto João Vieira se completou o pensamento com uma referencia especial ás circumstancias attenuantes. No da Camara dos deputados mui de aviso se omittiu qualquer dispositivo a respeito. Prolixamente regulou o assumpto o projecto Galdino (artigo 19). O artigo 176 do projecto Sá Pereira está assim redigido: — “A circumstancia sem a qual o crime se não poderá commetter, ou que na qualificação deste se comprehenda, deixará de ser aggravante, embora assim especialmente definida”. Regra rudimentar de technica legislativa é — dizer o necessario, evitar o superfluo. O artigo supra e os projectos que o reproduzem violam esse salutar preceito. ²⁾

1) Luis Osorio, **Notas ao código penal**, p. 102.

2) Commentando o artigo 78 do código penal de seu país, o qual consagra regra identica á do artigo supra, escreveu o criminalista espanhol Pacheco: — “Esto no ofrece dificultad ni duda: ni aún hubiera sido necesario declararlo”. (**El código penal**, I, 397). O recente código espanhol não contém disposição igual á do referido artigo 78.

Art. 38. — No concurso de circunstancias atenuantes e agravantes, prevalecem umas sobre outras, ou se compensam, observadas as seguintes regras:

Paragrapho 1.º — Prevalecerão as agravantes :

a) quando preponderar a perversidade do criminoso, a extensão do damno e a intensidade do alarma causado pelo crime ;

b) quando o criminoso fôr avesado a praticar más acções ou desregrado de costumes.

Paragrapho 2.º — Prevalecerão as atenuantes :

c) quando o crime não fôr revestido de circumstancia indicativa de maior perversidade ;

d) quando o criminoso não estiver em condições de comprehender toda a gravidade e perigo da situação a que se expõe, nem a extensão e consequencias de sua reponsabilidade.

Paragrapho 3.º — Compensam-se umas circunstancias com outras, sendo da mesma importancia ou intensidade, ou de igual numero.

I. — O codigo do imperio não continha as regras enunciadas neste artigo. Nenhuma difficuldade, quando o crime era acompanhado apenas de circunstancias agravantes ou atenuantes : — a pena ia para o maximo, no primeiro caso ; e para o minimo, no segundo. Só surgiam duvidas, se concorriam simultaneamente circunstancias de uma e outra especie. A' mingua de um principio orientador, variavam as decisões. 1). O legislador de 1890 entendeu

1) Liberato Barroso sustentava que, no concurso de agravantes e atenuantes, qualquer que fosse o seu numero e qualidade, a pena deveria ser imposta no gráu medio. Pimenta Bueno entendia que, em semelhante caso, corria ao juiz o dever de pesar maduramente as circunstancias, applicando a pena no maximo, medio ou minimo, conforme prevalessem umas ou outras, ou se equilibrassem e destruissem. Mendes da Cunha opinava que o reconhecimento de uma ou mais circunstancias atenuantes fazia a pena baixar ao gráu minimo. Carlos Perdigão e outros achavam que a concessão de uma só circumstancia atenuante era bastante, por muitas que fossem as agravantes existentes, para levar inevitavelmente a pena

necessario regular esse concurso. E sancionou as normas do artigo que commentamos. 1).

Tres hypotheses se podem dar no concurso de circunstancias :

- a) predominam as aggravantes ;
- b) predominam as attenuantes ; e
- c) equilibram-se ou compensam-se umas e outras.

A prevalencia das aggravantes resulta dos criterios consignados no paragrapho 1.º : — perversidade do criminoso, extensão do damno, intensidade do alarma e má vida anterior do delinquente. Esta se constitue pela pratica de más acções ou pelo desregramento de costumes.

A prevalencia das attenuantes, de accordo com o paragrapho 2.º, se verifica, quando o crime não indicá maior perversidade ou as condições do criminoso não lhe permitem comprehender a gravidade e perigo da situação, nem a extensão e consequencias de sua responsabilidade.

A compensação se dá, quando as circunstancias são da mesma importancia ou intensidade, ou de igual numero.

Foi objecto de muitas criticas este meticoloso systema de regular a concorrência de circunstancias. 2). Na realidade, elle ministra aos applicadores da lei criterios directivos bem obscuros e imprecisos.

Quando prepondera a perversidade do criminoso ?

Onde começa a extensão do damno ?

Como póde e deve ser avaliada a intensidade do alarma ?

Quaes as más acções que acarretam a preponderancia das aggravantes ?

Quaes as circunstancias que não indicam maior perversidade ?

ao gráu medio. Como disse este commentador : — “Grande dissidencia tem havido entre nós . . . no modo de applicar a pena”. Veja-se a respeito Osman Loureiro, **Modificativos da pena**, p. 226 e seguintes.

1) Baptista Pereira, **Notas historicas**, na **Revista de jurisprudencia**, 1898, p. 152.

2) Carvalho Durão (**Solus**) o qualificou como uma tautologia. Na **Gazeta Juridica**, IV, p. 58, se encontra severa apreciação a respeito.

Quaes as que devem ser tidas como da mesma importancia?

Estas e outras interrogações mostram como são vagos os conceitos de que se serviu o legislador. Dest'arte, na falta de orientação segura, vae a jurisprudencia se guiando pelo seu proprio criterio.

A redacção da letra a) do paragrapho 1.º póde dar lugar á duvida de ser necessario o conjunto dos elementos — perversidade do criminoso, extensão do damno e intensidade do alarma. Qualquer duvida, porém, se dissipa, desde que se attenda a que cada um dos membros dessa phrase allude a circumstancias completamente differentes. Nesse trecho, como em outros, a conjunctiva foi empregada em vez da disjunctiva. 1).

A maior ou menor perversidade do delinquente se deduz da natureza do facto praticado, das modalidades da execução, dos motivos determinantes, e tambem de outras circumstancias referentes á personalidade do mesmo delinquente ou da victima. Confórme o gráu de perversidade, será o agente mais ou menos temivel ou perigoso. Na extensão do damno se devem computar os damnos moraes. A pratica habitual de acções reprovadas, o desregramento de costumes denunciam ausencia de senso ethico, character fraco ou corrompido. O alarma é a repercussão moral do delicto no animo publico. A sua intensidade varia immensamente. E porisso é assás difficil avalial-a.

No paragrapho 3.º declara o legislador patrio que as circumstancias attenuantes e aggravantes se compensam, quando forem de igual numero. A respeito escreveu o dr. Lima Drumond : — “E’ o empirismo da contagem dos elementos accidentaes dos crimes, substituindo o criterio scientifico da importancia e intensidade desses elementos. Devem ser pesadas e não contadas as circumstancias aggra-

1) Esmeraldino Bandeira, **Direito penal militar**, p. 402. Com relação ao alarma (que não foi incluido no artigo 32 do codigo da armada), disse esse distincto criminalista : — “E’ um criterio pouco seguro para sobre elle firmar-se uma regra juridica de aggravação da pena”.

vantes e attenuantes, para o fim da aggravação ou attenuação das penas”. 1). Em seus commentarios, opinou Macedo Soares : — “A regra da compensação pelo igual numero só deve prevalecer, quando as circumstancias forem de igual intensidade e importancia, visto como a questão do numero é puramente material”. Galdino Siqueira achou acceptavel a solução. De facto, não se justifica a compensação resultante da simples igualdade numerica das circumstancias. O proprio autor deste codigo, ao redigir o da armada (approved e ampliado ao exercito pela lei n. 612, de 29 de setembro de 1899), supprimiu a clausula final — “ou de igual numero”. Menosprezando o texto legal, bastante perspicuo, os tribunales não têm admittido a compensação no caso de simples igualdade numerativa das circumstancias.

Nos trabalhos de remodelação do nosso direito penal codificado, o projecto João Vieira adoptou o alvitre de indicar as circumstancias preponderantes, de uma especie e de outra. Cortou assim o nó gordio da questão. O da Camara dos deputados segue o systema actual, tomando como criterio, para a prevalencia das aggravantes, a perversidade do criminoso ; e, para a das attenuantes, as condições deste ultimo. Todas as outras circumstancias, attenuantes e aggravantes, se compensarão, qualquer que seja o seu numero ou modalidade (artigo 31, c). O do dr. Galdino, abandonando o systema de nosso direito — “mechanismo que não póde ter em conta a realidade viva, em todo o seu polymorphismo” — entrega ao prudente arbitrio dos juizes a determinação da medida da pena. No artigo 40 dispõe : — “Dentro dos limites estabelecidos pela lei, o juiz fixará a pena a applicar, tendo em vista o criminoso, a acção punivel e o que vier ao caso”. A tendencia de nosso tempo é para conferir aos juizes, na dosagem da pena, os mais amplos poderes. Esse projecto procurou acompanhá-la, mas com pouca felicidade, nas imitações do codigo italiano. O desembargador Sá Pereira, em seu projecto, a respeito do

1) Lições de direito criminal, p. 176.

concurso de circunstancias, fomulou a seguinte regra : — “No concurso de aggravantes e attenuantes, a pena approximar-se-á do limite indicado pelas circunstancias preponderantes, e assim sempre se qualificarão as que resultarem da reincidencia, dos moveis do crime e da personalidade do delinquente”. Deu-se ahi aos juizes maior liberdade na escolha das penas.

Durante longo tempo se considerou optima a lei que menos ensanchas deixava ao arbitrio judicial. Bacon pôz isso em maxima. Contra semelhante desconfiança se ergueram debalde vozes autorizadas. 1). Hoje a convicção dominante é de que, sem liberdade de acção, não pôde o juiz criminal desempenhar proveitosamente, com efficacia, a sua importantissima missão. Ainda ha pouco, perante o parlamento allemão, affirmava o insigne professor Kahl : — “... sem a liberdade do juiz na determinação da pena, não pôde o direito penal attingir o seu supremo escopo”.

II. — Algumas ligeiras notas de legislação comparada. O penultimo dos codigos promulgados — o espanhol — estabelece as seguintes regras :

1.^a — quando o delicto for executado sem motivos de aggravação ou attenuação, poderão os tribunaes, segundo as circunstancias, indole de cada delicto ou condição do responsavel, impôr discrecionariamente a pena que considerarem adequada, dentro dos limites assignalados para o caso.

2.^a — Se só concorrerem circunstancias aggravantes (uma ou mais), a pena a impôr ao culpado não poderá baixar da metade superior da penalidade respectiva.

3.^a — Se concorrerem unicamente causas de attenuação (uma ou mais), não poderá a pena exceder da metade inferior da penalidade comminada pela lei.

1) Entre outras, a de Mittermaier. Embora antiga, merece ser lida e meditada a dissertação desse famoso criminalista sobre a medida da pena, que se encontra nos *Scritti germanici* de Mori, IV, p. 55 e seguintes.

4.^a — Quando concorrerem causas de atenuação e de aggravação, compensal-as-ão os tribunaes a seu prudente arbitrio, attendendo ao valor e transcendencia das mesmas, para applicar a pena procedente, dentro dos limites traçados pelas regras anteriores.

Permitte esse codigo a applicação da penalidade immediatamente inferior, quando alguma attenuante for muito valiosa com referencia á condição especial do culpado ou quando concorrerem duas ou mais circumstancias dessa ordem em relação ao facto punivel.

O codigo turco, de immediata precedencia, na ordem chronologica, ao espanhol, reproduz pelas mesmas palavras o italiano. O seu paragrapho 29 assim reza :

“As penas não pódem ser aumentadas nem diminuidas ou substituidas senão nos casos expressamente determinados pela lei.

Quando a lei mandar que a pena seja aumentada ou diminuida de uma determinada fracção, realiza-se o aumento ou a diminuição sobre a quantidade da pena que o juiz applicaria, se não occorresse a circumstancia que a aumenta ou diminue.

Concorrendo varias circumstancias, opera-se o aumento ou a diminuição sobre a quantidade da pena resultante do aumento ou da diminuição precedente ; e, concorrendo ao mesmo tempo circumstancias de aumento e outras de diminuição, começa-se pelas primeiras. Em todo caso, attendem-se por ultimo, e na ordem seguinte, a idade, o estado de espirito, as circumstancias attenuantes e a reincidencia.

Salvo nos casos expresamente exceptuados, com o aumento ou a diminuição não pódem ser ultrapassados os limites estabelecidos pela lei”.

Os codigos da Argentina e do Perú deixam ao juiz plena liberdade de escolha dentro dos limites do maximo e do minimo.

Methodo curioso adopta o codigo do Mexico. Elle divide as circumstancias em diversas categorias. As de primeira classe representam a unidade ; as de segunda equi-

valem a duas da primeira ; a tres as de terceira ; e a quatro as de quarta (artigo 37). Na concorrência de circumstancias attenuantes e aggravantes, a tarefa do juiz se reduz a um calculo arithmetico : — a pena será applicada conforme o valor predominante. Este systema era tambem o do projecto Levy Jordão.

O exame das legislações mais modernas e dos projectos de refórma nos mostra que a corrente é favoravel ao arbitrio judicial. E esse arbitrio é tanto mais notavel quanto é certo que o espaço entre o maximo e o minimo se torna cada vez maior. 1).

1) Cuello Calón, *Derecho Penal*, p. 429. Em se tratando de medidas de segurança, todos os codigos e projectos, que as adoptam, deixam largo ambito ao arbitrio judicial.

Art. 39. — São circumstancias aggravantes : 1)

Paragrapho 1.º — Ter o delinquentè procurado a noite, ou o lugar ermo, para mais facilmente perpetrar o crime.

I. — A palavra “noite” está empregada neste dispositivo em seu sentido commum. Significa o espaço de tempo que medeia entre o fim do crepusculo vespertino e o começo do crepusculo da manhã ou alvorada. 1). A escuridão da noite facilita, em regra, ao delinquentè a realização do designio criminoso e torna mais difficeis e improvaveis a repulsa e a punição. No ponto de vista objectivo, taes motivos imprimem a essa circumstancia a natureza de aggravante. E’ a quantidade politica do crime que essa circumstancia aumenta. Se tomarmos esta subjectivamente, outra razão, muito differente, a explica. Essa razão é o caracter do agente, o qual se revela como dotado de maior astucia,

1) Especifica o codigo, nos varios paragraphos deste artigo e nos do artigo 41, as circumstancias que, aumentando a gravidade do factu criminoso, exacerbam a pena. A lista é extensa ; mas, apesar disso, incompleta. O moderno codigo espanhol enumera como aggravantes, entre outras, as seguintes : — haver (o delinquentè) projectado o delicto e dirigido a respectiva execução, quando seja commettido por varios; executar o factu, servindo-se de menores de dezeseis annos ou pessoas em estado de enfermidade ou deficiencia mental ; empregar na execução do delicto automoveis, aeronaves ou outros meios de analoga efficacia e que facilitem a fuga do infractor ou a occultação do mesmo, da victima ou dos effeitos do delicto ; a vida depravada, anterior, do delinquentè, na familia ou na sociedade ; o ser (o delinquentè) conhecido como provocador ou rixoso ; e a reiteração de crimes. O projecto Ferri (reproduzido pelo cubano e pelo peruano) menciona, no artigo 21, as multiplas circumstancias indicativas de maior periculosidade do delinquentè. Ha entre ellas algumas novas. São verdadeiras aggravantes.

2) Em sentido identico : — C. Pardigão, **Manual**, commentario ao paragrapho 1.º do artigo 16 do codigo de 1830 ; Francisco Luis **Codigo criminal do imperio**, nota ao paragrapho 1.º citado ; Macedo Soares, **Questões forenses**, 13 ; João Vieira, **Codigo penal commentado**, I, p. 67 ; Filinto Bastos, **Lições**, I, p. 152 ; Escorel **Codigo penal**, n. 569 ; etc. **De lege ferenda**, em sentido diverso, Galdino Siqueira, **Exposição de motivos do projecto de codigo penal**, p. 71.

eccardia ou perversidade. Quem procura a noite, isto é, uma occasião em que a perpetração do delicto e a sua impunidade são favorecidas pelas condições do meio physico, deixa entrever maior persistencia na idéa criminosa, maior frieza de animo, mais requintada maldade. E' individuo cuja indole está a pedir um castigo mais rigoroso. Este segundo ponto de vista é o do nosso codigo. Adoptou-o o legislador patrio, cedendo ao influxo da jurisprudencia formada no dominio do codigo de 1830. Em teória, a melhor opinião é a que encara a noite como circumstancia objectiva.

As legislações variam na maneira de formular semelhante circumstancia. Nos codigos de Portugal (artigo 34, 19.^a), do Chile (artigo 12, 12), do Uruguay (artigo 19, 12.^o), bem como nos antigos da Espanha (artigo 10, 15.^a) e Argentina (artigo 34, 13.^a), ella nos apparece com feição claramente objectiva. Sem embargo disso, para não poucos interpretes, ella precisa ser procurada. ¹⁾ Physionomia decididamente subjectiva tem ella em nosso codigo e no do Mexico (artigo 44, 2). Pertence a este grupo o moderno codigo espanhol, que considera aggravante “ejecutar el delito de noche o en despoblado, cuando fueran buscadas estas circunstancias de propósito ó se aprovechó de ellas el delincente (art. 66, 8.^o)”.

As legislações que não inserem na parte geral uma lista das circunstancias aggravantes e attenuantes se referem á noite, na parte especial, a proposito de alguns crimes, nomeadamente do de furto. Discutem á competencia os interpretes sobre o sentido attribuível a esse vocabulo. Mas predomina o criterio da escuridão. Isto acontece em França ²⁾,

1) Groizard, **Codigo penal**, I, 424; Viada y Vilaseca, **Codigo penal reformado**, I, 302; Rivarola, **Exposition y critica**, I, 180; Robustiano Vera, **Codigo penal de Chile**, p. 129; etc.

2) Blanche, **E'tudes**, V. 509; Chauveau et Hélie, **Théorie**, n. 2020; Boitard, **Leçons de droit criminel**, n. 427; Daguin, **Chasse en droit français**, ps. 254 e 259; e outros.

na Italia ¹⁾, e na Allemanha. ²⁾. As incertezas da doutrina levaram alguns legisladores a resolver a controversia por um texto expresso. Assim que o codigo hollandês diz : — “durante o tempo destinado ao repouso da noite (artigo 311, 3.º). O de Zurich (316, 2) explica : — “durante o tempo em que os moradores da casa sóem entregar-se ao somno”. Em sentido diverso declara o belga : — “Le vol commis pendant la nuit est le vol commis plus d’une heure avant le lever et plus d’une heure après le coucher du soleil (art. 478)”. O dr. Galdino Siqueira, em seu projecto, entendeu seguir estes exemplos e accrescentou a seguinte alinea ao n. 14.º do artigo 20 :— “Para os effeitos da lei penal, entende-se por noite o periodo de descanso nocturno, segundo o uso do lugar”.

A noite nem sempre fórma uma circumstancia aggravante. Em não poucos delictos ella até diminue a gravidade do facto. Em outros, é ella impossivel ou indifferente. Por esses motivos, alguns codigos inserem uma clausula restrictiva. Assim, o portuguez dispõe : — “... se a gravidade do crime não aumentar em razão de escandalo proveniente da publicidade”. Mais ampla e correctamente se exprimia o antigo codigo espanhol : — “Esta circumstancia la tomarán en consideración los tribunales según la naturaleza y accidentes del delito”. Está patente a desnecessidade de uma declaração dessa ordem. Não a encontramos reproduzida no novo codigo.

Em certos crimes, a noite nos apparece como elemento constitutivo. Isto acontece, por exemplo, no caso do artigo 196 (violação de domicilio); e, implicitamente, no do artigo 143 (accender fógos... em lugares que dominam o mar... para enganar os navegantes e attrahir a naufragio qualquer embarcação). Ella é uma das condições da

1) Giuriati, **Delitti contro la proprietà**, 220; Puglia, na **Enciclopedia** de Pessina, X, p. 169; etc.

2) Frank, **Strafgesetzbuch**, § 243, VIII, 1; Binding, **Lehrbuch**, I, 301; Merkel, no **Handbuch** de v. Holtzendorff, III, 684; e outros. Em contrario : — v. Liszt, **Lehrbuch**, 443; Schwartz, **Strafgesetzbuch**, § 243, 29; e varios mais.

defesa presumida do argo 35, paragrapho 1.º. Entra como elemento da violencia contra a pessoa definida no artigo 356 (roubo).

Pela doutrina de nosso codigo, a noite deve ser procurada como meio para mais facilmente ser praticado o crime. Delimita-se assim nitidamente o emprego dessa circumstancia. Se a noite não serviu para facilitar o crime, embora procurada (por outro motivo qualquer), não será aggravante. ¹⁾ Não o será tambem se simplesmente aproveitada pelo delinquente. ²⁾

II. — O codigo equipara á noite o lugar ermo. Tal se diz aquelle que não tem habitantes ou cuja população é tão escassa ou dispersa que faz presumir a improbabilidade de auxilio ou soccorro á victima, no momento do crime. O facto de procurar e se aproveitar o criminoso do desamparo da victima é que torna o delicto mais grave. São de um distincto criminalista portuguez as seguintes palavras: — “Justifica-se esta aggravante pela maior facilidade do delinquente em illudir a acção da justiça, procurando assim a impunidade, e pela maior difficuldade para o paciente do crime em conseguir auxilio ou protecção contra aquelle”. O codigo espanhol e os que o imitaram empregam, para traduzir o pensamento contido na expressão “lugar ermo” a palavra “despoblado”. Lugar ermo quer dizer lugar solitario, despovoado, deshabitado. ³⁾

1) Isto mereceu a censura de Esmeraldino Bandeira, que, no seu **Direito penal militar**, p. 419, escreveu: — ... não é somente para maior facilidade da execução do crime, pela ausencia de terceiros que a elle obstem ou o difficultem, que o criminoso pôde procurar aquelle lugar ou aquelle momento; mas tambem para evitar testemunhas e escapar á acção da policia e da justiça. E', pois, incontestavel que a correccão que os dois codigos penaes vigentes (o commum e o da armada) fizeram ao preceito do codigo criminal revogado só numa parte merece applauso”.

2) Negam qualquer merecimento á circumstancia da noite: — Filangieri, **Scienza della legislazione**, III, p. 2; e Fioretti, **Su la legittima difesa**, p. 73.

3) Esmeraldino Bandeira, **Ob. cit.**, p. 418. Sobre o conceito do lugar ermo, leia-se o que diz Osman Loureiro, **Modificativos da pena**, p. 122.

Como o tempo nocturno, o lugar ermo não é uma circumstancia de valor absoluto. Crimes ha que, perpetrados em lugar dessa natureza, perdem grande parte de sua gravidade. Em outros, é essa circumstancia irrelevante. O lugar ermo é elemento integrante dos crimes dos artigos 292, paragrapho 1.º, e 293, paragrapho 2.º do codigo (abandono de infante e encontro de recém-nascido ou menor de 7 annos abandonados).

Concorrendo, em um mesmo caso, a circumstancia da noite e a do lugar ermo, devem ser consideradas, para a aggravação da pena, como se fossem uma unica ?

Já nos pareceu que sim. Mas não nos vexamos de confessar que hoje, *melius re perspensa*, se nos afigura mais acertada a solução negativa. Se é verdade que a noite e o lugar ermo, como circumstancias aggravantes, se fundam no mesmo motivo, não o é menos que, dada a concurrencia de ambas, esse motivo se apresenta duplamente, aumentando a gravidade do crime. 1).

1) Tem-se invocado a jurisprudencia espanhola como argumento probatorio de que ha no caso uma unica aggravante. Mas a proposito lê-se em Cuello Calón, **Derecho penal**, p. 351 : — “La concurrencia de noturnidad y despoblado en un solo hecho ha sido alguna ocasión considerada como una sola agravante, pero son más numerosas las sentencias que permittem apreciar ambas circunstancias”.

Paragrapho 2.º — Ter sido o crime commettido com premeditação, mediando entre a deliberação criminosa e a execução o espaço, pelo menos, de 24 horas.

I. — O código de 1830, sob a influencia do código francês, assim definia a premeditação no paragrapho 8.º do seu artigo 16: — “o designio formado antes da acção de offender individuo certo ou incerto”. Este conceito, mutuado de uma legislação que o applicava exclusivamente ao homicidio, era sobremaneira estreito. O código actual, fugindo á difficuldade de corrigir o defeito, evitou uma definição. Poz em relevo apenas o elemento chronologico, o intervallo minimo entre a deliberação e a execução do delicto.

Premeditar (a palavra o está dizendo) significa reflectir sobre o crime, suas circumstancias e consequencias, antes de executal-o. Essa reflexão é uma actividade psychica que se desenvolve posteriormente á deliberação. 1). Como se exprime um monographista italiano: — “la volontà determinata é il punto iniziale della premeditazione come l'azione compiuta é il termine ideologico e finale”. 2). A deliberação deve subsistir durante todo o periodo precedente á execução. Se nova causa sobrevem, dando lugar ao delicto, este não se poderá dizer premeditado.

Qual o fundamento juridico dessa aggravante?

1) Está nisto a distincção entre a reflexão (*Uerberlegung*) dos allemães e a premeditação dos franceses. A aggravante, para os primeiros, consiste na apreciação dos motivos favoraveis e desfavoraveis á pratica da acção criminosa: — é um elemento caracteristico da resolução. Para os segundos, em um designio (determinação ou deliberação) antecedente, que se prolonga, durante certo lempo, até a execução do crime. A reflexão; de que os allemães se servem para estabelecer a differença entre o assassinio e o homicidio commum, tem sido vivamente combatida. Aboliu-a o projecto official (1925), mas o seguinte (1927) voltou ao antigo systema. O contra-projecto dos quatro professores preferiu o criterio da premeditação (*Vorbedach*).

2) Amedeo Rocco. *Esame critico della premeditazione*, p. 20.

Os escriptores não estão de accordo. Ella denuncia, affirmam uns, maior perversidade por parte do delinquente. E nessa consideração baseiam a exacerbação da pena (teoria psychológica. ¹⁾). Entendem outros que a maior facilidade de realização do desígnio criminoso e a maior difficuldade de defesa para a victima constituem as razões de aggravação (teoria do damno social). Carrara sustentava estar nesta difficuldade a verdadeira razão politica da aggravante. ²⁾. A essa opinião adheriu, durante algum tempo, Impallomeni ; mas, depois, a repudiou, chegando á conclusão de que a premeditação, por si só, não merecia ser reputada circumstancia aggravante dos crimes. ³⁾.

Conta certo numero de partidarios, entre os criminalistas dos mais diversos países, a primeira destas teorias.

Os modernos estudos de psychologia criminal despiram a premeditação de sua antiga importancia. Hoje ella nem sempre indica, na pessoa do delinquente, gráu mais elevado de depravação moral. O individuo que, obedecendo a sentimentos honrosos, pratica certo crime premeditadamente— exemplo seja, um homicidio,— não é mais perverso do que aquelle que, por motivos torpes ou insignificantes, sem essa circumstancia, commette factó identico. A' pergunta de v. Liszt — o faquista que, por qualquer pretextó futil, sem premeditação, enterra a lamina de sua arma no corpo de outrem merece realmente a benevolencia da lei? — só se póde dar resposta negativa. ⁴⁾.

A maior perversidade do delinquente resulta da indole dos motivos que o induziram a perpetrar o crime. Até 1870 não se punha em duvida o character aggravativo da premeditação. Todas as legislações a incluíam no quadro das circumstancias que aumentavam a responsabilidade do delinquente. Foram John (1871) e v. Holtzendorff (1875) os primeiros a combatel-a. Este ultimo, em seu aureo livro

1) Bentham, *Principes du code penal*, cap. XI, 5.

2) *Programma del corso di dir. crim.*, p. especial, § 1122, n. 1.

3) *L'omicidio*, p. 345.

4) *Vergleichende Darstellung d. deut. u. ausl. Strafr.*,

B. T., p. 63.

Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, demonstrou que não estava ella em condições de servir como criterio para a determinação da culpabilidade do delinquente, devendo preferir-se o do motivo, unico verdadeiro. Esta nova teoria encontrou o mais franco apoio na escola positiva italiana. Garofalo acolheu-a em sua *Criminologia*. Outros positivistas o acompanharam, Tambem os sectarios da escola sociologica (Tarde, v. Liszt, etc.) a abraçaram. Alimena, em sua primorosa monographia, procurou harmonizar a velha aggravante com a doutrina dos motivos determinantes. Para elle, quando em dois factos delictuosos seja identico o motivo, deve ser aggravado o que houver sido praticado com premeditação. Em outra obra, mais recente, diz esse criminalista : — “Eu sustentei e sustento que se deve attender tanto á premeditação como aos motivos determinantes de sorte que a premeditação se entenda, não como circumstancia absolutamente aggravante, mas como aggravante, desde que haja paridade de motivos, ou seja, suppondo-se igual motivo determinante”. 1).

A premeditação, conforme a opinião mais generalizada na actualidade, não deve ser causa absoluta e constante de aggravação. Ha quem, até, assumindo posição radical, lhe refuse o minimo valor.

Só se verifica a premeditação, consoante o nosso codigo, desde que entre a deliberação e a execução do crime se interponha o espaço de, pelo mence, vinte e quatro horas.

A determinação *a priori* do intervallo de tempo (criterio chronologico) é idéa que ninguem mais defende. Deve competir aos juizes decidir, em cada caso concreto, se houve o espaço necessario á reflexão. Essa decisão exige o exame de todas as circumstancias occorrentes.

Dos codigos em vigor, só um — o portuguez — fixa, á maneira do nosso, o intervallo de tempo necessario á existencia da premeditação ; e no mesmo numero de horas.

Não poucos criminalistas, antigos e modernos, consideram como elemento essencial dessa aggravante certa se-

1) *Principi di dir. pen.* (trad. esp.), II, 358.

renidade de espirito, um animo calmo e frio (criterio thermometrico). Estrenuo partidario desse factor psychologico é, entre os ultimos, Alimena. Elle observa, referindo-se ás legislações que determinam o tempo *a priori*, que ellas admittem, implicitamente, a condição da calma e frieza de animo : — “dire che non si possa parlare di premeditazione se prima non passi un certo numero di ore, é lo stesso che dire esser necessaria la calma, e presumere poi che dopo un certo tempo questa calma ritorni”. 1). Esta interpretação nos parece arguta e verdadeira. 2).

Qual, porém, o grau dessa tranquillidade de animo ?

Qual o periodo em que ella deve existir ?

A' primeira destas interrogações se responde : — a tranquillidade de animo não precisa ser completa e absoluta. E' um conceito relativo.

E á segunda : — ella deve verificar-se no decurso da deliberação á execução do crime.

A premeditação póde ser condicionada, isto é, dependente de um evento futuro e incerto. Crêem muitos escriptores que se deve distinguir, se é a propria deliberação que fica subordinada á verificação do evento ou apenas a execução. No primeiro caso, não haverá premeditação ; no segundo, sim. Como exemplo da primeira hypothese, costumam apresentar o do individuo que, victima de furtos em seu pomar, se arma e põe-se á espreita, com o proposito de punir o primeiro ladrão que alli apparecer ; e como da segunda, o da mulher que, seduzida, sob promessa de casamento, resolve matar o seductor, caso este se recuse a desposal-a. Alimena tacha esta distincção de puramente verbal e inexacta. E diz : — objectivamente a premeditação existe ou não, conforme a certeza ou incerteza da deliberação. Varias legislações alludem de modo expresso á premeditação dependente de condição. Na definição do ar-

1) *La premeditazione*, p. 204.

2) Contrarios ao elemento da calma ou frieza de animo, na litteratura patria : — Galdino Siqueira, *Direito penal brasileiro*, I, 469 ; E. Bandeira, *Direito penal militar*, 426.

tigo 297 do código francês se inclui a seguinte phrase : — “quand même ce dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition”. O exemplo teve imitadores.

Os nossos escriptores, com excepção de Galdino Siqueira, não se occupam do assumpto. Esse illustre commentador consubstancia a sua opinião no seguinte periodo : — “...a regra não póde ser senão a da certeza ou incerteza do proposito anterior, a constatar-se segundo as circumstancias do facto”.¹⁾

A pessoa ou cousa, objecto do delicto, póde ser indeterminada. Não havia necessidade de clausula expressa a respeito. A tutela da lei não visa determinada pessoa ou cousa. Pela mesma razão, o erro sobre o sujeito passivo do delicto e a *aberratio ictus* não excluem a premeditação. Nem tão pouco o *dolus generalis* (na accepção moderna.²⁾ A premeditação póde existir em delictos passionaes. A imputabilidade diminuida ou restricta com ella não é incompativel.

A prova da deliberação criminosa, com a antecedencia necessaria, é em geral assás difficil. São os actos preparatorios os melhores indicios dessa deliberação. Póde-se deduzil-a tambem dos meios empregados e de outras circumstancias do facto. Nos delictos de sangue, as ameaças precedentes, as manifestações de odio, os propositos de vingança podem ser indicios valiosos para a admissão dessa aggravante. O character do agente, a sua vida anterior, os motivos geradores da acção criminosa são elementos elucidativos de maxima importancia. Cumpre proceder com cautela no reconhecimento da premeditação — *con i calzari di piombo*, consoante a expressão italiana lembrada por Tuozzi.³⁾

A premeditação é uma das circumstancias qualificativas do homicidio (artigo 294, § 1.º). Não o era no código de 1830. A jurisprudencia a considera elementar no estelionato, na bigamia, no peculato, na injuria impressa, no envenenamento, na violencia carnal, quando commettida

1) *Ob. cit.*, p. 474.

2) Alimena, na *Enciclopedia*, de Pessina, IX, p. 558, Acêrca dessa especie de dolo veja-se a nota 27 ao artigo 24.

3) *Corso di dir. penale*, II, 107.

esta por seducção ; e em outros casos mais. Em verdade, qualquer desses crimes póde ser commettido sem premeditação, conforme o conceito que desta faz o codigo.

Ha absoluta incompatibilidade entre essa aggravante e a attenuante da falta de pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar (artigo 42, § 1.º). Não exclue a provocação ou aggressão (artigo citado, § 5.º) a referida aggravante. Harmoniza-se esta perfeitamente com o estado de embriaguez voluntaria, incompleta. Tambem póde dar-se a premeditação no caso de embriaguez procurada.

II. — Nas legislações penaes de nosso tempo, vemos a premeditação regulada diversamente : — umas a estabelecem na parte geral, applicando-a a todos os crimes ; outras, só della se occupam, na parte especial, no capitulo respeitante ao homicidio. Dos codigos de data mais proxima, segue o primeiro methodo o espanhol, o qual continúa a fallar em “premeditación conocida” ; e o segundo, o turco (§ 450, 4). O argentino e o peruano nada dizem a respeito. Em nosso país, o projecto João Vieira repete o codigo de 1830, o da Camara dos deputados, o actual, e o projecto Galdino extingue a premeditação como aggravante. Não a encontramos mencionada no do desembargador Sá Pereira.

Parece que ella está fadada a desaparecer nas legislações do futuro. 1) 2).

1) O projecto Ferri não incluiu a premeditação entre as circunstancias indicativas de maior periculosidade. No cubano (Ortiz) se enumera como condição aggravante : — “la premeditación perseverante, por cometerse el hecho después de reflexiva y prolongada deliberación o preparación y especialmente si se han tenido que vencer grandes dificultades o desoido consejos, órdenes o súplicas de aquellas personas autorizadas”. O projecto Rocco, no elenco das aggravantes, não se refere á premeditação.

2) A bibliographia sobre o assumpto é bastante rica. A obra capital ainda é a de Alimena, **La premeditazione**, Turim, 1887. Vejam-se mais : Legrand, **De la Premeditation**, these, Paris, 1888 ; Wachenfeld, **Die Ueberlegung**, 1887 ; Tarde, **Philosophie pénale**, 1900, p. 465 ; Garofalo, **Criminologia**, 1885, p. 428 ; Amedeo Rocco, **Esame critico della premeditazione**, Lanciano, 1927 ; Eliecer Gaitan, **Criterio positivo della premeditazione**, na **Scuola positiva**, 1928, p. 212 e seguintes. Quanto á premeditação ou reflexão como criterio distinctivo do assassinio, leia-se, especialmente, v. Liszt, na **Vergleichende Darstellung** citada.

Paragrapho 3.º — Ter o delinquente commettido o crime por meio de veneno, substancias anesthesicas, incendio, asphyxia ou inundação.

I. — O codigo da monarchia (artigo 16, § 2.º) considerava circumstancia aggravante ter o delinquente commettido o crime com veneno, incendio ou inundação. O actual accrescentou — substancias anesthesicas e asphyxia. Outras legislações mencionam tambem — explosão, descarrilamento, naufragio. Diversos codigos (como os do Chile, do Uruguay, etc.) inserem uma clausula geral: — “u otros medios que puedan ocasionar mayores estragos ó daños, sea á la persona, objeto del delito ó a otras”. O recente codigo espanhol dá a essa circumstancia a seguinte redacção: — “Ejecutar la infracción por medio de incendio, explosión, varamiento de nave, o averia causada de proposito, destrucción o averia de aeronave, descarrilamiento, destrucción o interrupción de comunicaciones telegráficas o telefónicas, o empleando veneno, substancias anesthesicas, ó algun artificio ocasionado a grandes estragos, o de peligro o alarma generales”. Este codigo e os que incluem uma clausula geral deixam bem claro o fundamento dessa aggravante: — é a possibilidade de danos mais extensos do que os necessarios á satisfacção do designio criminoso e, portanto, o maior alarma. Quando essa possibilidade não exista, será incurial reconhecer a aggravante.

Referindo-se ao dispositivo óra commentado, escreveu Galdino Siqueira: — “o caracter commum das circumstancias deste paragrapho e fundamento da aggravação está no modo insidioso por que procede o delinquente, que se serve desses meios, na maioria dos casos efficazes, podendo o agente ficar occulto e logo impune”.¹⁾ Para Esmeraldino Bandeira, “a razão de ser das cinco aggravantes (veneno, incendio, etc.) assenta no facto da insidia de umas e da atrocidade de outras, além de outros males que dellas

1) **Direito penal brasileiro**, p. g., p. 482.

pódem resultar". 1). Também entendemos não haver entre essas diversas circumstancias um pensamento unico a dominal-as e explical-as. O veneno é em regra um meio insidioso. O mesmo não se dá, por exemplo, com a inundação.

Examinemos cada uma das circumstancias enfeixadas no paragrapho supra.

Pareceu ao legislador patrio conveniente dizer o que se devia entender por veneno. E consignou, no paragrapho unico do artigo 296, a seguinte definição: "Veneno é toda substancia mineral ou organica, que, ingerida no organismo ou applicada ao seu exterior, *sendo absorvida*, determine a morte, ponha em perigo a vida, ou altere profundamente a saúde". 2). Foi esta definição criticada por haver estabelecido a absorpção como requisito necessario do conceito legal do veneno. Segundo se observou, assim ficavam excluidas varias substancias que, sem ser absorvidas, pela sua acção irritante e caustica, produziam identicos effeitos e eram empregadas pelos delinquentes com os mesmos intuitos. Na verdade, como está redigida, a definição deixa de fóra substancias que, ao menos em sentido amplo, para os fins da lei penal, devem ser qualificadas como veneno. Basta lembrar o vidro moido. Mas, salvo a hypothese de um erro de copia ou publicação, posta em evidencia pela critica, ao interprete não é licito corrigir o texto legal.

No conceito do veneno, como o fórmula o nosso codigo, se pódem comprehender as substancias transmissoras de molestias, mais ou menos perigosas e fataes, como os bacillos ou microbios da chólera, da peste bubonica, da tuberculose, etc. O modo de propinar o veneno (pela boca, pelas

1) **Direito penal militar brasileiro**, p. 427

2) Ziliotti definiu o veneno: — toda substancia potencial mortifera. Esta formula, que tanto agradou a Carvalho Durão, é muitissimo imperfeita. Ungar, no **Rechtslexikon**, de v. Holtzendorff, s. v. **Vergiftung**, disse que todas as tentativas para definir o veneno, de modo a abranger todos os casos, no ponto de vista scientifico e tambem no das necessidades da jurisprudencia pratica, deviam considerar-se mallogradas. A asserção inda é hoje verdadeira.

vias respiratorias, em injeção hypodermica ou intra-venosa, etc.) carece de relevancia.

O veneno constitue circumstancia elementar do crime previsto no artigo 161 (envenenamento de fontes publicas ou particulares, tanques ou viveiros de peixe, e viveres destinados a consumo publico). Figura entre as aggravantes especiaes ou qualificativas do homicidio (artigo 294, § 1.º).

Mas é sempre tal?

Os escriptores que consideram a insidia como elemento caracteristico da aggravante ou qualificativa do veneno, quando esse meio não seja empregado *clam et occulte*, mas abertamente e com violencia, não reconhecem a existencia de um homicidio especialmente aggravado ou qualificado. Carrara é um delles. Assim se exprime: — “Il veleno violentamente e apertamente usato é uno strumento de morte che non ha piú niente che lo distingua dal ferro, dal fuoco, dal bastone, dal sasso. Vi é la violenza; non la insidia”. 1). Os que attribuem á aggravante outros fundamentos, além do da insidia, solucionam o caso de modo contrario. 2).

As legislações, quanto ao homicidio praticado por meio de substancias venenosas, se dividem em dois grupos: — umas o separam do homicidio commum, outras, não. A francesa, perfilhando doutrina com razão appellada de barbara, fez do simples attentado á vida de uma pessoa por meio de substancias, que pudessem produzir a morte mais ou menos de prompto, um delicto especial, punido com a pena ultima. Imitou-a o codigo portuguez de 1852 (artigo 353.º); e tambem o nosso, que, por estranha inadvertencia, deixou de estabelecer a respectiva penalidade. Graças a esse descuido, se evitaram as difficuldades que com certeza nasceriam da coexistencia do homicidio aggravado pelo emprego do veneno (artigo 294, § 1.º) e do envenenamento ou venificio (artigo 296). O codigo allemão, sob a influencia do prussiano, acolheu igualmente, com algumas modifica-

1) **Programma**, p. esp., § 1183.

2) Pessina, **Elementi di dir. pen.**, II, p. 44; Alimena, **I limiti e modificatori**, III, p. 697.

ções, a figura criminosa do envenenamento (§ 229); mas os projectos de refórma, dando ouvidos ás censuras dos competentes ¹⁾, a aboliram.

Como meio homicida, perante a doutrina e as legislações, não tem hoje o veneno a importancia de outrora. Geyer escreveu algures que era preciso despir as idéas de veneno e envenenamento de sua excessiva dignidade juridica. E no dizer de v. Liszt, com os progressos alcançados pela chimica, o veneno tem perdido a sua importancia pratica. ²⁾. Entretanto, varios codigos, dentre os mais recentes (como o turco e o espanhol), e alguns projectos (por exemplo, o de Rocco) ainda o conservam como aggravante especial ou qualificativa do crime de morte.

Substancias anesthesicas se dizem aquellas que têm a propriedade de extinguir temporariamente ou suspender a sensibilidade, como o gás hilariante ou paradisiaco, o éther, o chloroformio, etc. Privada da sensibilidade e dos sentidos, fica a victima impossibilitada de offerecer resistencia á perpetração do crime. Demais, adquire o delinquente maior

1) Loeffler, na *Vergleichende Darstellung d. deut. und. ausl. Strafrecht*, B. T., V. p. 337.

2) *Vergleichende Darstellung*, B. T., V. p. 87. O veneno é arma pela qual têm predilecção as mulheres, especialmente as criadas de servir. Scipio Sighele, no magnifico capitulo que a respeito da criminalidade ancillar escreveu na sua *Eva moderna*, observa: — “Da Eufrosia Mercier che avvelenó la sua padrona da cui s’era fatta nominare erede a Clementina Tosetti, che avvelenó la povera Lardera de Medici per sposarne il marito, la lista delle cameriere avvelenatrice é lunghissima” (p. 114). Dos homens, são os medicos os que mais se têm utilizado desse meio insidioso. Contam-se, entre os envenenadores celebres da época moderna, o francês La Pommerais (que assassinou com digitalina sua amante Julia de Paw, afim de obter as vultosas sommas em que a mesma estava segurada); o hungaro Estevam Eotvos (que matou varios de seus clientes com acido prussico); o inglês Neill (que se dedicou a envenenar mulheres publicas, servindo-se da estrychnina); o portuguez Urbino de Freitas, cuja historia é assás conhecida, e um sem-numero de outros.

Merece menção especial o caso do bacteriologista Beauregard, que, em Buenos Aires, praticou varios envenenamentos. Elle empregava germes da chólera e da febre amarella.

Segundo Impalomeni, a estatistica tem demonstrado ser o veneno “un mezo mal sicuro di dar morte” (*Omicidio*, p. 130).

facilidade para pôr em execução o seu desígnio maléfico e para conseguir a impunidade. São estas as razões da agravante. Encontramol-a mencionada no moderno código espanhol. As substancias anestheticsas pódem ser circumstancia elementar nos crimes de estupro (artigo 269), rapto (artigo 270), homicidio (artigo 294, § 1.º) e roubo (artigo 357).

O incendio é a destruição, parcial ou total, de cousas, moveis ou immoveis, por meio do fogo. Caracteriza-se, como especie do damno, pela natureza violenta e perigosa do meio empregado e pela sua extensão. Mas nem todo damno produzido pelo fogo constitue crime de incendio. A lei restringe a certos casos, a determinados objectos, essa figura criminosa. Cumpre, pois, não confundir o incendio, mera circumstancia aggravante, com o incendio, crime de perigo commum, previsto nos artigos 136 a 141. O código de 1830 só conhecia a aggravante. Esta é elementar nos crimes definidos nos artigos 136 a 141, 146 a 148, e 294, § 1.º do código.

Sob o nome de asphyxia, no significado actual, se comprehendem os effeitos da falta de ar e da suspensão, mais ou menos completa, da respiração. Esses effeitos resultam em verdade da privação, total ou parcial, rapida ou lenta, do oxigenio, elemento indispensavel á manutenção da vida. Processos varios produzem a asphyxia (a suffocação, a submersão, o enforcamento, a estrangulação, a esganadura, etc.) Todos elles revelam, por parte do agente, elevado gráu de perversidade. As victimas são, em geral, individuos incapazes de resistencia. Esta aggravante não existia no código da monarchia. Nenhum outro, a nosso ver, a menciona. Apesar da critica que lhe foi feita, encontramol-a reproduzida nos projectos João Vieira e da Camara dos deputados.

A inundação é o alagamento de uma área de terreno com agua em grandes massas. Isso deve resultar de um acto humano ¹⁾ que afaste ou inutilize os obstaculos, naturaes

1) Florian, na **Enciclopedia**, de Pessina, VIII, p. 287, diz bem : "La produzione dell'inondazione deve potersi obbietivamente imputarse all'agente".

ou artificiaes, postos á acção violenta e destruidora do referido elemento. As modalidades desse acto podem ser variadissimas. Com methodo pouco recommendavel, diz o artigo 142 : — “abrindo comportas, rompendo represas, açudes, aqueductos, ou destruindo diques ou qualquer obra de defesa commum”. Como no caso do incendio, reléva não cõfundir a inundação, circumstancia aggravante, com o crime do mesmo nome, definido no citado artigo 142. Para a existencia da primeira não precisa a propriedade ser alheia. O bem juridico, atacado ou posto em perigo, póde consistir tambem na vida de outrem. Mui raras vezes, porém, será a inundação empregada como meio homicida. Ella entra como elemento constitutivo em alguns crimes (artigos 142, 146, 148 e 294, § 1.º)

II. — As circumstancias indicadas no paragrapho supra são perfeitamente distinctas entre si. O decreto n.º 4.269, de 17 de janeiro de 1921, em seu artigo 11, se refere ao incendio e á inundação praticados por meio de bombas de dynamite ou de outros explosivos iguaes ou semelhantes em seus effeitos ; mas esse dispositivo nenhuma influencia tem no conceito das respectivas aggravantes. ¹⁾

1) A respeito do crime de envenenamento merecem lidos : — Gengler, **Die strafrechtliche Lehre von] Verbrechen der Vergiftung** ; Merkel, s. v. **Vergiftung**, no **Rechtslexikon**, de v. Holtzendorff ; as dissertações de Gyr, Rieth e Schwammberger sob o titulo **Das Verbrechen der Vergiftung** ; os escriptos de Loeffler e Ulmann, na **Vergleichende Darstellung**, B. T. vols. V, 299, e IX, 119 ; Impallomeni, **L'Omicidio**, p. 507 e seguintes. Entre as obras de medicina legal, numerosissimas. a monographia de Brouardel, **Les empoisonnements criminels et accidentels**, 1902.

Sobre as substancias anesthesicas : — Lacassagne, **Med. Leg.**, II, p. 383 e seguintes (collab. de Martin) ; Balthazard, **Med. Leg.**, cap. III, § 3 ; Lopes Vieira, **Medicina Judiciaria e Pericial**, Coimbra, 1908, p. 358.

Quanto ao delicto de incendio : — Ulmann, na **Vergleichende Darstellung**, B. T., IX, 31 ; Jachino, **Incendio appiccato**, no **Digesto italiano**, XIII, p. 416 ; Gautier, **E'tude sur le crime d'incendie** ; Cuhe, **Du crime d'incendie** ; e Pugliese, **Il delitto d'incendio**, no **Supplemento da Riv. Penale**, de Lucchini, p. 257.

A asphyxia é assumpto que pertence quasi exclusivamente ao dominio da medicina legal. Versaram-no com toda proficiencia, entre os escriptores brasileiros, Sousa Lima, **Tratado de medicina legal**, p. 591 e seguintes, e Afranio Peixoto, **Medecina Legal**, p. 326 e seguintes. Entre os francêses excelle Thoinot, **Medicine Legale**, I, p. 589 e seguintes. Famoso caso de uxoricidio por asphyxia (suffocação) foi o do insigne orador portugêz Vieira de Castro, cujo processo se acha publicado, por inteiro, na edição da Bibliotheca Economica, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, sem data.

Acêrca da inundação : — Ulmann, **Vergl. Darstellung**, B. T., IX, 79 ; Luigi d'Antonio, **Inondazione**, no **Digesto Italiano**, XIII, 1138 ; Zerboglio. **Deliti contro la publica incolumità**, p. 99 e seguintes.

Parapho 4.º — Ter o delinquente sido impellido por motivo reprovado ou frivolo.

I. — O codigo criminal do imperio, inspirando-se nas idéas de Bentham ¹⁾, incluiu no rol das circumstancias aggravantes a de haver o delinquente sido impellido por motivo reprovado ou frivolo. Não se lhe póde contestar a primazia de ter reconhecido, embóra de modo imperfeito, a importancia dos motivos na gradação da pena. Infelizmente a jurisprudencia nunca attribuiu a essa circumstancia o merecido valor. O codigo actual, sem tirar nem pôr, contentou-se em reproduzir o antigo texto.

Escrevendo, em 1875, sobre o assassinio e a pena de morte, procurou o insigne criminaista v. Holtzendorff demonstrar o valor dos motivos determinantes desse crime. Para o professor berlinense era ao criterio dos motivos que se devia attender na classificação dos homicidios. Pouco tempo depois, na parte juridica de seu trabalho acêrca da imputabilidade (1878), assignalava Ferri a importancia capital desse criterio na determinação da responsabilidade criminal. A escola positiva italiana o tomou como um dos principios basilares de seu systema. Na derradeira obra do citado criminalista se nos depara uma lucida exposição da doutrina positivista a respeito. Os seguintes periodos a resumem muito bem : — “Il delitto é sempre l’effetto di un’aberrazione psichica : ma la pericolositá del suo autore é ben diversa secondo che la aberrazione provenga da un motivo morale od immorale, sociale od antisociale ed, in molti casi, giuridico od anti-giuridico. E puó essere un’aberrazione o per difetto congenito o per immaturitá psichica o per sopravvenuta condiziona psico-patologica o per impulso improvviso o per fissazione coercitiva, ecc. ed anche questo sará un elemento di valutazione per la pericolositá del delinquente. Ma il movente psicologico di quell’ aberrazione é ciò che vale di piú, sia per caratterizzare moralmente e

1) De l’influence des motifs sur la grandeur de l’alarme (Oeuvres, I, capitulo VIII, p. 125).

giuridicamente l'atto che ne deriva, sia per valutare la pericolosità dell'agente, a secondo che tale movente a delinquere sia sociale od antisociale, e riveli quindi una minore o maggiore potenza e facilitá offensiva da parte del delinquente. E' questa quindi la distinzione fondamentale e decisiva, che basta al legislatore per adattare le norme penali di difesa sociale oltre che alla gravitá obbiettiva del delitto, soprattutto alla diversa pericolositá del delinquente" 1).

Estas idéas foram consagradas no projecto de codigo penal elaborado pelo mesmo criminalista (1921). Entre as circunstancias indicadoras de maior periculosidade ahi se encontra — "l'aver agito per motivo ignobili o futili" ; e entre as que revelam periculosidade menor — "l'aver agito per motivi scusabili o d'interesse publico".

Esriptores que não obedecem á orientação da escola positiva têm estudado com o maior carinho esse interessante assumpto, chegando, porém, a resultados contradictorios. Entre elles sobresaee v. Liszt. Em magnifico artigo sobre as bases psicologicas da politica criminal, inserto na revista sob sua direcção (vol. XVI, p. 477 e seguintes), submetteu elle a noção do motivo a fina e penetrante analyse. Em brevissimo resumo, são estas as suas idéas :

A palavra "motivo" póde ser tomada em tres accepções diversas. Na primeira — a mais usual — significa a representação do resultado collimado. Confunde-se então com o fim levado em vista pelo agente. Um individuo mata a outrem para roubar. Diz-se que o roubo é o motivo do crime. Um herdeiro envenena a pessôa a quem tem de succeder, para entrar depressa na posse da herança. E' este o motivo do crime. Os exemplos são inexgotaveis. Na segunda, indica a referida palavra o impulso, o sentimento, o instincção despertado pela representação do fim. O factor psicologico suscitado ou inspirado pelo fim a alcançar é o verdadeiro motivo, a causa immediata do crime. Na terceira, o motivo representa a propria qualidade psychica, que, provocada pela influencia externa, determina o procedimento

1) **Principii di dir. criminale**, p. 316.

criminoso do autor. Quando se aponta como motivo de um assassinio a crueldade, de um estellionato a cupidez, se allude a uma qualidade psychica do agente, a um traço essencial da sua personalidade ethica.

Em qualquer destes tres sentidos, não constitue o motivo criterio satisfactorio para a escolha e graduação da pena. Esse criterio deve ser, não de natureza ethica, mas de indole juridica ou social — a maior ou menor periculosidade do agente.

Em varias outras occasiões, insisti u o illustre chefe da escola sociologica allemã em rebater o criterio ethico do motivo. Occupando-se do paragrapho 20 do codigo penal allemão, que, nos casos de comminação alternativa de penas de casa de correcção e prisão em fortaleza, só permite a applicação da primeira, se o acto se origina de sentimentos deshonorosos, o criticou severamente.

Os criminalistas allemães se dividem em dois sectores — uns só acceitam o criterio do motivo para a dosagem da pena (como, *inter plures*, Guckenheimer ; ¹⁾ outros o acolhem tambem para a determinação da especie da pena (como, para lembrar um apenas, v. Calker. ²⁾). Entre os escriptores franceses, pertence ao primeiro grupo Saleilles ³⁾ e ao segundo Garçon. ⁴⁾

Varias legislações concedem aos juizes a faculdade de escolherem entre duas penas, tomando como criterio para a preferencia o motivo ou sentimento. Assim o codigo allemão no paragrapho por nós já citado, dispositivo muitas vezes combatido pela sua estreiteza. Accusam-no, com razão, de consagrar um injusto privilegio em favor dos crimes politicos. O norueguês, mais consequente, permite aos juizes a applicação da *Hefte* (custodia honesta), em se tratando de pena privativa da liberdade, quando o acto criminoso

1) **Der Begriff der ehrlosen Gesinnung im Strafrecht**, p. 108. Liepmann, Mittelstaedt e outros se manifestam no mesmo sentido.

2) **Vergleichende Darstellung d. deut. u. ausl. Strafr.**, B. T., III, 187 ; **Strafrecht und Ethik**, p. 33.

3) **L'individualisation de la peine**, p. 212 e seguintes.

4) **Les peines non déshonorantes**, na **Revue penitentiaire**, XX, p. 830 e seguintes.

não promane de um “fordoevert sindelag” (sentimento corrompido). Esse código parte do principio de que todo e qualquer delicto, excepcionalmente, pôde originar-se de um sentimento não deshonroso.

Dos códigos mais modernos, lembraremos o do Perú, cujo artigo 19 assim prescreve : — “Cuando la ley impone á un hecho punible como única pena la de relegación ó la de penitenciaria, puede ser reemplazada, á pedido del Ministerio Público, por la de prisión, de una duración igual, si las circunstancias permiten apreciar que el hecho punible no es resultado de perversidad del delincente”.

Entre os projectos, pôde ser citado o suecc, que, no parallelismo das penas privativas da liberdade, não permite a applicação do *arrest*, quando o delicto denuncie caracter perverso ou improbo (capitulo II, § 8). ¹⁾

Original o systema do projecto checo-eslovaco. Elle adopta a divisão trimembre das acções puniveis. E estabelece como característica dos crimes a circumstancia do sentimento baixo. As acções não provenientes de um sentimento dessa especie serão delictos ou simplesmente contrações. Na exposição de motivos se pondera que a repressão, no primeiro caso, precisa ser muito mais energica, pois visa transformar o caracter do delincente, fazendo que este deixe de ser perigoso para a sociedade.

Os códigos mais recentes mandam attender, na fixação da medida da pena, aos motivos determinantes do crime. Assim procedem o argentino (artigo 41, 2.º) ²⁾ e o peruano (artigo 51, 1.º). Os projectos, desde o elaborado por Stooss,

1) O sabio autor desse projecto {— o professor Thyrén — expõe em seus **Prinzipien einer Strafgesetzreform**, p. 129 e seguintes, a sua opinião a respeito da **custodia honesta**. Essa pena deve ser applicada — diz elle — de modo que aos olhos da multidão, e não só no papel, se differencie das penas privativas da liberdade communs. O proprio nome — accrescenta — deve indicar, com a maior clareza possivel, a differença.

2) A commissão organizadora do projecto de 1898, na exposição de motivos, escreveu muito bem : — “La importancia y calidad de los motivos determinantes de la acción forman un dato mui valioso. Si los motivos que el delincente ha tenido para ejecutar el acto no han sido vituperables, si se ha determinado por moviles sociales, por un sentimiento

consagram a mesma idéa. Basta citar, como exemplo, os italianos. Já vimos como o de Ferri dispõe. No de Rocco figura no catalogo das circumstancias aggravantes “l’avere agito per motivi abietti, perversi o futili”; e no das atenuantes “l’avere agito per causa di onore o per altri motivi di particolare valore morale o sociale”. Em nosso país, os dois primeiros projectos de refórma não se animaram a introduzir alterações. O projecto do dr. Galdino Siqueira, inexplicavelmente, excluiu a propria aggravante do motivo reprovado ou frivolo. O do desembargador Sá Pereira, neste ponto mais perfeito, estabelece que a pena poderá ser diminuida, “quando o crime se originar de sentimentos nobres” (artigo 181, 1); e será aumentada, “quando os moveis do crimesão vis (artigo 186, 1)”.

II. — Os crimes nascem, na grande maioria dos casos, de um sentimento (motivo) cuja indole ethica não comporta duvidas. E’ costume designal-o como baixo, commum, deshonesto, reprovavel, designações essas que na essencia querem traduzir a mesma cousa : — a reprovação ethica desse sentimento. Por excepção, uma ou outra vez, obedece o delinquente a motivo (sentimento) honroso. ¹⁾.

generoso, aunque extraviado, como el dolor que le ha producido una injuria atroz inferida á su nombre, á su honor ó a alguno de los suyos, no podrá decirse que su imoralidad sea manifesta; al contrario, se tendrá un indicio de su leve criminalidad; y, al juzgarsele y al medir la pena que se le ha de imponer, se deberá tener en cuenta el móvil que le ha guiado. Pero si los motivos que el criminal ha tenido han sido anti-sociales, se ha realizado el hecho impulsado por un sentimiento de concupiscencia, de venganza, de odio, etc. entonces es claro que los motivos determinantes de la acción denunciarán su perversidad” (p. 87).

1) Todo e qualquer crime pôde resultar de um sentimento (motivo) honroso e digno. O furto do escrivão Xavier no romance de Pierre de Lano, *L’ame du juge*; o incendio praticado por Paulo Mayerhof na *Frau Sorge*, de Sudermann; a subtracção de menor commettida por Sylvestre Bonard, o heroe do delicioso livro de Anatole France; o homicidio do *Bon Crime*, de F. Coppée, são exemplos, que poderiam ser multiplicados, dos mais diversos crimes, determinados por motivos nobres e elevados. E’ um erro de nossa jurisprudencia decidir, como sóe fazel-o, que não ha crime de furto sem motivo reprovado. O chamado furto sabio (o *gelehrte Diebstahl* dos allemães) é uma prova irrefragavel do contrario.

Classifica o nosso código como agravante a circumstancia de haver sido o crime praticado por motivo reprovado ou frívolo. Reprovado é o motivo que repugna á consciencia ethica da communhão. O odio, a vingança, a inveja, a cupidez, a atrocidade se enfileiram nessa categoria. Frívolo se considera o motivo de somenos valor, incapaz de dar ao facto praticado pelo delinquente uma explicação razoavel. O individuo que, só porque outro não o cumprimentou, ao se encontrarem, o aggride e o offende, commette sem duvida o delicto por motivo frívolo. O que distingue essas duas espécies de motivos é uma certa differença de gráu, aliás difficil de precisar, na condemnação da consciencia collectiva.

Em varios artigos do código encontramos o motivo como elemento da propria acção delictuosa. A prevaricação, por exemplo, não existe sem o concurso de alguns dos motivos declarados no artigo 207. Em outros, elle nos apparece como attenuante especial. Assim no infanticidio *honoris causa* (artigo 298, § unico). Como agravante especial, vem-o, exemplificando ainda, no paragrapho 2.º do artigo 252.

Diversas tentativas têm sido feitas para uma classificação exhaustiva dos motivos de delinquir. Mas a tarefa é invencivel. 1) 2).

1) Um resumo das varias classificações propostas nos offerece Ferri, na *ob. cit.*, pag. 323.

2) Sobre o motivo como criterio para a escolha e gradação da pena, além dos escriptos já citados : — Thomsen, *Untersuchungen u. d. Begriff des Verbrechenmotivs*; Liepmann, *Einleitung*, p. 115 e seguintes; Meissner, *Motive u. Gesinnung im Strafrecht*; Friedrich, *Die Bestrafung der Motive und die Motive der Bestrafung*; Rigaud, *D l'influence du motif en matiere criminelle*; Capoferro, *Dei motivi determinanti al reato*; Conti, na *Riv. Penale*, LI, p. 219 e seguintes. Contra a teoria positivista, que considera o motivo como requisito essencial do dolo : — Florian, *Parte gen. del dir. penale*, I, p. 427.

Parapho 5.º — Ter o delinquente superioridade em sexo, força ou armas, de modo que o offendido não pudesse defender-se com probabilidade de repellir a offensa.

I. — Esta circumstancia, provinda do antigo codigo, encontramol-a tambem, redigida de modo algum tanto differente, na legislação portuguesa, na espanhola e na quasi unanimidade dos codigos da America latina. 1). A formula mais ampla e quiçá mais perfeita se nos afigura a do codigo espanhol, ha pouco revogado : — “abusar de superioridad o emplear medio que debilite la defensa”. 2).

Quem pratica uma acção criminosa com superioridade em sexo, força ou armas, superioridade que não permita ao offendido a reacção defensiva, com probabilidade de exito, demonstra cobardia e perversidade. Justo é que a lei tome em consideração esta circumstancia, dando-lhe character aggravativo, na fixação da pena. 3).

A mulher é naturalmente mais fraca do que o homem. Ha, todavia, excepções, e não muito raras. Cumpre, pois, quando occorrer differença de sexo entre a victima e o autor do crime, averiguar de que lado se acha a mencionada superioridade. E' uma questão de facto. Deve ser resolvida em cada caso particular.

Com a palavra “força” quiz o legislador significar a força physica resultante da robustez organica. O individuo moço e vigoroso que pratica o crime contra um velho, um

1) **Codigo** do Chile, artigo 12, n. 6 ; do Uruguay, artigo 19, 6 ; da Venezuela, artigo 25, 7.ª etc. O mexicano, tão prolixo, não a menciona.

2) No codigo ultimamente promulgado a aggravante está assim redigida : — “cuando mediar abuso de superioridad, dadas la edad, desarrollo e salud de la persona ofendida”. A emenda foi para peor.

3) Tratando da influencia que o character do delinquente exerce na produção do alarma, escreveu Bentham (consoante a traducção francesa) : — “Moins la partie lésée était hors d'état de se défendre, plus le sentiment naturel de compassion devait agir avec force. Une loi de l'honneur, venant à l'appui de cet instinct de pitié, fait un devoir impérieux de ménager le faible, d'épargner celui qui ne peut pas résister. Premier indice d'un caractère dangereux, **faiblesse opprimé**”. (*Oeuvres*, I, p.127).

valetudinario ou uma criança, incapazes de se defender, denota não possuir os mais elementares sentimentos de piedade : — revela grande vileza de animo e perversidade. Merece, porisso, maior rigor no castigo.

Relativamente á superioridade em armas, poz-se em questão se ella precisava ser procurada. Em muitos arestos se esposou a resposta affirmativa. ¹⁾ Mas a jurisprudencia mais acertada é a que decide em sentido contrario. ²⁾ Trata-se no caso de circumstancia de natureza objectiva : — o motivo para a exacerbação da pena — a superioridade do delinquente sobre a victima — subsiste, ainda quando essa superioridade seja meramente casual. Accresce, como elemento interpretativo, que o legislador patrio, quando quiz exigir essa condição para a existencia da aggravante, o disse de modo manifesto. Fêl-o no paragrapho 1.º do artigo que commentamos e no paragrapho 18.º do artigo 33 do codigo penal da armada.

O vocabulo “armas” está empregado no texto em accepção generica. Comprehende todo objecto ou instrumento por meio do qual se possa produzir lesão — *omnia ex quibus singuli homines nocere possunt* (L. 11, D., XLVI, 6).

As armas costumam ser divididas em proprias (as destinadas habitual e ordinariamente ao ataque e á defesa) e improprias (todas as outras). Dentre as primeiras sobressae a classe das insidiosas, isto é, daquellas que, podendo com facilidade ser escondidas, se prestam ás surpresas e ás traições.

1) Accordam da Relação de Ouro Preto, de 22 de fevereiro de 1884, no **Direito**, vol. XXXIV, p. 530 ; acc. da Camara Crim. da Côrte de Appelação do Rio, de 16 de agosto de 1901, na **Revista de jurisprudencia**, VI, p. 83 ; accs. do Tribunal de Justiça de S. Paulo, de 5 de julho de 1909 e de 28 de julho de 1910 no **S. Paulo Judiciario**, XX, 276, e XXIII, 347 ; e varios outros.

2) Accordam do Supremo Tribunal Federal, de 5 de agosto e 11 de setembro de 1909. no **Direito**, vols. CVIII e CXII. No mesmo sentido — Galdino Siqueira, **Direito Penal Brasileiro**, I, 49 ; Rodrigues Teixeira, **Direito Penal**, p. 216. E tambem : — Esmeraldino Bandeira, **Direito Penal Militar**, p. 442.

Alguns codigos, como o francês (artigo 101), o italiano (artigo 155) e o turco (§ 189), declaram o que se deve entender por armas, bipartindo-as em proprias e improprias. ¹⁾

Para a existencia da aggravante, carece de valor essa distincção.

Póde dar-se ao mesmo tempo a superioridade de sexo e de armas, de sexo e de força, etc. Será uma unica aggravante? Entendemos que não, salvo no caso da superioridade em sexo e força. Como a primeira tem por fundamento a segunda, é então a aggravante uma só. ²⁾

A superioridade em sexo e força constitue circumstancia elementar nos crimes de violencia carnal (artigos 266 e 268), a superioridade em força nos de infanticidio (artigo 298) e abandono de menores (artigo 292).

Escusado nos parece dizer que a aggravante, nas suas diversas modalidades, não existe sem o requisito de não poder o offendido defender-se com probabilidade de repellir a offensa. Claro e positivo é o texto.

1) Os allemães distinguem — armas em sentido estricto ou tecnico e armas em significado amplo ou vulgar. Elles excluem do conceito expresso pela palavra "armas" os instrumentos animados (como o cão que o dono açula contra uma pessoa) e os objectos que operam chimica e não mechanicamente (como o vitriolo). Vejam-se a respeito os commentarios de Olshausen, Frank e Schwartz ao paragragpho 223 a do codigo penal.

2) Em contrario : — Osman Loureiro, **Modificativos da pena**, p. 129.

3) Thomaz Alves, **Anotações**, I, p. 322, opinava que a condição da impossibilidade de defesa não era necessaria no caso da superioridade em sexo. Não teve, porém, adhesões.

Paragrapho 6.º — Ter o delinquente procedido com fraude, ou com abuso de confiança.

I. — Reuniu o legislador neste paragrapho duas circumstancias que no codigo anterior mencionava separadamente. Deste segundo modo as encontramos nos codigos de outros países (argentino, antigo, artigo 84, §§ 5.º e 6.º; uruguayo, artigo 19, 5.ª e 7.ª; espanhol, actual, artigo 66, 11.ª, e 67, 6.ª; etc.).

Referindo-se á primeira, escreveu muito bem distincto criminalista lusitano : — “Usar de fraude é enganar com embuste, com mentiras, com artimanhas. Tal procedimento revela character baixo e vil, e o sentimento moral revolta-se contra quem assim proceder. Por isso constitue a fraude circumstancia aggravante”. 1).

Acêrca do abuso de confiança, assim se manifestou o mesmo escriptor : — “Os sentimentos de honradez e probidade impõem-se ao respeito de todos ; ao contrario, o abuso de confiança, que é a antithese daquelles sentimentos, provoca o desprezo e a indignação contra quem o pratica. Aquelle que offende a outrem na sua pessôa, na sua honra ou na sua propriedade, abusando da confiança que nelle deposita o offendido, pratica uma torpeza revoltante. Ao mal da offensa accresce a vileza da improbidade. Com razão, pois, o legislador fez desta circumstancia uma aggravante”. 2).

II. — Os crimes em geral se originam da violencia ou da fraude — *aut vi aut fraude*. E’ a idéa bellamente expressa nos conhecidos versos do poeta florentino : 3).

“D’ogni malizia, ch’odio in cielo acquista,
Ingiuria é il fine, ed ogni fin cotale
O con forza o con frode altrui contrista”.

1) Abel do Valle, **Anotações**, p. 108. No conceito da fraude se incluem todos os artificios, de qualquer natureza que sejam, capazes de gerar o engano. Roux a define — “une ruse que l’on emploie pour tromper quelqu’un”. (**Cours de droit pénal**, n. 115).

2) **Ob. cit.**, eod. loc.

3) Veja-se tambem Schopenhauer, **Die Welt als Wille und Vorstellung**, trad. francesa de Burdeau, I, p. 350.

Crimes existem que podem ser praticados, indifferentemente, por qualquer desses dois meios. Haja vista, como exemplo, o de rapto (artigo 270). Outros, só pódem ser perpetrados com violencia (como o roubo) ou com fraude (como o estellionato). Esta entra, formando elemento constitutivo, no conceito de numerosas infracções penaes. Citaremos algumas dellas. O incendio da cousa propria, com o proposito de crear um caso de responsabilidade contra terceiro ou de fraudar os direitos de alguém (artigo 140), tem como elemento componente a fraude ou engano. Esse elemento consiste em apresentar o incendio como produzido, dolosa ou culposamente, por outrem ou como resultante de mera casualidade.. 1). O crime previsto no artigo 285 — simular gestação e dar parto alheio por seu, ou, tendo realmente dado á luz filho morto ou vivo, sonegal-o ou substituil-o— tambem não se comprehende sem o referido elemento. O defloramento tem como requisito essencial a seducção, engano ou fraude (artigo 267). Varias contravenções não existem sem o emprego de meios fraudulentos. Assim, a do artigo 373 (*tricherie au jeu*, batotismo) 2) e a do artigo 393 (mendigar, simulando motivos para armar á commiseração).

De infinitas fórmãs se reveste a fraude. Até o silencio, quando haja obrigação juridica de fallar, póde ser uma dellas. 3).

1) A principal figura criminosa comprehendida no dispositivo do artigo 140 (copia do codigo portugúês) é por sem duvida a do incendio para auferir as vantagens do seguro. O codigo allemão a encara como modalidade do crime de estellionato, ponto de vista que tem sido criticado. No codigo italiano ella é prevista como incendio qualificado (artigo 308, al. segunda, e artigo 414). Estas legislações, mais perfeitas do que a nossa, não restringem o caso ao proprio dono. A liquidação do seguro constitue um novo crime, um estellionato ? Os criminalistas allemães, que aventam a questão, respondem desencontradamente. Prevalece a negativa.

2) E' erroneo o caracter contravencional dado a esta infracção. As legislações que de modo expresso a mencionam (Codigo bavaro, 1813, artigo 265, III ; austriaco, § 201, letra e ; dinamarquês, § 255 ; espanhol, artigo, 548, n. 8 ; portugúês, artigo 269, etc.) a reputam um caso especial de estellionato.

3) Os escriptores e tribunaes allemães se acham de accordo em que o simples silencio póde constituir meio de engano punivel. A difficuldade está em determinar quando existe o dever juridico de fallar. Até o pre-

Distinguem os escriptores duas especies de fraudes : — a civil e a criminal. Mas a linha que as extrema nenhum delles conseguiu ainda traçar definitivamente. Desalentados, alguns criminalistas não acreditam na possibilidade da distincção. ¹⁾ Nem toda fraude, por certo, se considera criminalmente punivel. No proprio dominio do direito civil, ella se tem muitas vezes como licita. ²⁾

O abuso de confiança é elementar no furto do artigo 331, § 2.º. E em geral em todos os crimes que envolvem violação de relações, privadas ou publicas, de mandato, locação de serviços, sociedade, e outras semelhantes. Os crimes funcçionaes estão nesse numero.

sente não se logrou fixar uma regra segura a respeito. Illustrativas as observações de Frank, nos seus optimos commentarios (§ 263, II, 3). Na literatura italiana, leia-se em especial Tolomei, **Della truffa e di altre frodi**, p. 174 e seguintes.

1) Depois de analysar diversas teorias, escreve o monographista Tolomei, no livro citado, p. 110 : — “In definitiva si può ben dire che cotesta teorie son tutte oggimai naufragate e della generale ecatombe non emerge, necessariamente, se non la dottrina di chi ogni distinzione respinge”. Poucos criminalistas assim pensam. As diversas teorias allemãs, francezas e italianas se encontram bem expostas e criticadas por Adelgizo Ravvizza, no **Dig esto italiano**, s. v. **Truffa**, n. 46 e seguintes.

2) Carvalho de Mendonça (M. I. —), **Doutrina e pratica das obrigações**, II, n. 559.

Parapho 7.º — Ter o delinquente procedido com traição, sorpresa ou disfarce.

I. — No velho direito portugês, os crimes commettidos atraçoada e aleivosamente eram punidos com pena mais rigorosa. Tinham-se a traição e a aleivosia como palavras synonymas. O codigo philippino definia a segunda : — “uma maldade commettida atraçoadamente sob mostrança de amizade”. Tambem nas antigas leis espanholas os dois termos traduziam a mesma idéa. Da traição disse Affonso, o sabio, nas *Partidas* : — “es la más vil cosa e la peor que puede caer en corazón de hombre ; naciendo de ella tres cosas contrarias á la lealdad, que son estas : tuerto, mentira y vileza”. E isso se applicava igualmente á aleivosia. 1). Refórmias posteriores modificaram o conceito desta aggravante, que encontramos, no codigo óra em vigor, redigida da seguinte maneira : — “ejecutar el hecho con alevosia, entendiendo-se que la hay quando se obra a traición y sobre seguro, o quando dadas las condiciones personales del agresor o agredido, o las circunstancias del hecho, o los medios de ejecución empleados, se dificulta o debilita notablemente la defensa”.

O codigo criminal do Imperio não inscreveu a traição ou aleivosia na nomenclatura das aggravantes. O portugês de 1852 só fallou em aleivosia. O actual menciona, como cousas distinctas, essas duas circumstancias. O nosso apenas se refere á traição. Quando, no artigo 320, parapho 2.º, se nos depara a palavra “aleivosia”, tem ella sentido diverso, desautorizado pela technica e com razão censurado. 2). Nas legislações hispano-americanas é corrente a equipollencia entre a traição e a aleivosia (Codigo do Chile, artigo 12, 1 ; da Argentina, artigo 84, 2 ; do Uruguay, artigo 19, 1 ; e outros).

A traição significa perfidia e deslealdade. E' o occultamento moral (na phrase carrareana), que, difficul-

1) Citado em Groizard, **Codigo penal de 1870**, I. p. 379.

2) Carvalho Durão (**Solus**) no **Direito**, v. 55 p. 180 e 533.

tando a reacção e a defesa, aumenta o perigo para a victima e causa maior alarma social.

Muito se occuparam os praticos da média idade com essa circumstancia, no capitulo attinente ao homicidio. Reputaram-na qualificadora de uma especie mais grave desse crime (*homicidium proditorium*). ¹⁾ O codigo francês não curou dessa figura criminosa: pareceu-lhe que ella se achava incluída no conceito do homicidio premeditado (*assassinat*). ²⁾ Fizeram-no o bávaro (artigo 147, V), o austriaco (§ 135, 1), o sardo (artigo 573), o espanhol (artigo 418, 1.^a) e os seus satéllites americanos. Dentre os de data mais chegada, o argentino e o espanhol de 1928 põem na classe dos homicidios qualificados o commettido com aleivosia (traição).

Perante o nosso codigo, o homicidio proditorio incorre na sanção, mais rigorosa, do paragrapho 1.^o do artigo 294. Mas, ao contrario de outras legislações, que limitam a applicabilidade da circumstancia da traição aos crimes contra as pessôas, a nossa lhe attribue caracter generico. E com toda razão, pois essa circumstancia pôde realmente occorrer em outros casos.

A surpresa indica um procedimento inesperado, do qual o offendido não tinha razões para suspeitar. Sorprehender — como se exprime apreciado criminalista portuguez — é tomar alguém de improviso, apanhal-o descuidado. O que

1) Mello Freire, *Inst. jur. crim. lus.*, tit. IX, § 10. Celebre ficou a definição de Julio Claro:— “Proditorie vero dicitur committi homicidium, quando aliquis, nulla praecedente inimicitiae alium interfecit, puta quia veniens tecum tanquam socios itineris, nulla interveniente rixa te percuto, vel dum sederes mecum in mensa, vel cum me tibi amicus esse fingerem, te a tergo percuto”. O codigo da Sardenha, em seu artigo 527, definia: — “La prodizione si verifica quando con simulazione d’amicizia od in qualunque altro modo siasi tratto nele insidie colui che fu ucciso od altrimenti offese, e che non aveva motivo di diffidare dell’uccisore o dell’offenditore”. Sobre o assumpto: — Alimena, *Limiti e modificatori*, III, p. 650; v. Liszt, *Vergleichende Darstellung*, B. T., V., p. 85; e, com especialidade, a monographia de Ferace, *L’omicidio proditorio*, 1889.

2) Em contrario ás leis que parificam os conceitos da produção e da premeditação, Carrara, *Programma*, p. esp., I, § 1164, n. 1.

pratica o crime com esta circumstancia revêla maior gráu de perversidade, pois não deixa ao offendido a possibilidade de defesa: — é um covarde. 1). Só o nosso codigo e os portuguezes a conhecem. Censurou-a acremente Carlos Perdigão. Delle são as seguintes palavras: — “Quem rouba, fere ou mata sorprehe sempre o offendido. A surpresa é acto congenito do crime para o offendido; não póde nunca ser acto separado e preparatorio do offensor”. 2). A nosso juizo a aggravação da pena pela circumstancia de ser o crime inesperado nem sempre se justifica. De ordinario essa circumstancia se verifica na execução das acções criminosas. Consideramos excessiva a importancia que o legislador lhe emprestou, collocando-a entre as qualificadoras do homicidio. No mesmo erro incorreram todos os projectos de refôrma.

Quem commette o crime de emboscada sorprehe de a victima. Decidiu um dos nossos tribunaes que a traição ou surpresa era incompativel com os delictos instantaneos. Um pouco de reflexão deixa patente a insustentabilidade de semelhante doutrina.

Consiste o disfarce no emprego de meios destinados a tornar desconhecida a pessoa do delinquente: — a mascara, as barbas posticas, a pintura do rosto, etc. Bentham expoz no seguinte passo o fundamento da aggravação da pena nesse caso: — “O alarma é maior quando pela natureza ou circumstancia do delicto é mais difficil descobri-lo ou reconhecer o seu autor. Se o delinquente fica desconhecido, o exito do crime é uma animação para elle e para outros”. 3).

1) Abel do Valle, **Anotações**, p. 107. “No dia 7 de fevereiro de 1888, ao voltar da Camra dos deputados, onde antes havia estado, o grande escriptor Pinheiro Chagas subia a rampa de S. Bento, em Lisbôa, quando inopinadamente recebeu violenta pancada na cabeça, que o prostrou gravemente ferido. Descobriu-se mais tarde que o autor do delicto tinha sido um exaltado, que pretendia vingar Luiza Michel ido que contra ella havia escripto, no **Reporter**, o insigne jornalista. Este absolutamente não imaginava que o seu artigo pudesse ter despertado semelhante desejo de vingança” (Brito Aranha, **Factos e homens de meu tempo**, III, p. 112). E’ um interessante exemplo de crime commettido com surpresa.

2) **Manual do codigo penal brasileiro**, I, p. 176.

3) **Oeuvres**, I, 127.

O disfarce, como agravante, precisa estar em relação directa com o crime e ser procurado de proposito. Em um baile carnavalesco, surge uma briga entre pessoas mascaradas, da qual resultam lesões corporaes. Como escreveu Pacheco, em commentario ao codigo de seu país, “aqui no hay nada agravatorio; quien estaba mascarado, no tenia obligaci6n de descubrirse para reñir”. 1).

Quasi todos os crimes podem ser perpetrados com essa circunstancia.

II. — Algumas legislações se referem especialmente ao disfarce a proposito do furto. Assim, por exemplo, a italiana. Ella pune esse crime com pena mais grave, quando commettido por “persona travisata”. 2). O projecto Rocco (artigo 634, 4) mantem essa qualificativa. Adoptou-o o codigo turco (§ 492, 8). Encontramol-a tambem no codigo do Uruguay (artigo 372, 5.º). 3). O “travisamento” agrava igualmente, segundo o direito italiano, o delicto de ameaça (artigo 154).

1) Código penal, I, 226.

2) Contra essa agravante, Giuriati, *Delitti contro la proprietá*, p. 255.

3) Mais amplo do que o italiano, esse codigo falla em “persona enmascarada ó disfrazada”. O da Venezuela (1903) diz: — “si el hecho se ha cometido por persona disfrazada”.

Paragrapho 8.º — Ter precedido ao crime a emboscada, por haver o delinquente esperado o offendido em um ou diversos lugares.

I. — Circumstancia aggravante já existente no código de 1830, cuja fórmula se reproduziu com insignificante modificação. Corrigindo leve descuido estilístico, substituiu o legislador republicano, no segundo membro da phrase, o infinitivo “ter”, evitando assim a deselegante repetição desse verbo. O pensamento continuou inalterado.

A emboscada é o *guet-apens* dos franceses, o *agguato* dos italianos, o *Hinterhalt* dos allemães, mas com caracter generico.

O código francês, no artigo 298, definiu : — “Le guet-apens consiste à attendre plus ou moins de temps, dans un ou divers lieux, un individu, soit pour lui donner la mort, soit pour exercer sur lui des actes de violence”. Essa definição passou integralmente para alguns códigos italianos (parmesão, 311 ; estense, 355 ; sardo, 529). Nella se inspirou o legislador patrio.

Sem duvida denota a emboscada maior perversidade e cobardia por parte do criminoso. E diminue a possibilidade e efficacia da defesa. Taes razões justificam de modo cabal a exacerbação da pena.

Embóra o paragrapho supra não o diga, a emboscada presuppõe occultamento da pessôa. E' uma espera ás escondidas. O brasileiro “tocaia” exprime superlativamente bem o conceito dessa aggravante. 1).

Sustentam os escriptores franceses, apoiados pela jurisprudencia dos tribunaes de seu país, que a emboscada não se verifica sem a premeditação. E dahi concluem, affirmando a superfluidade do dispositivo concernente á primeira. Essa teoria é logica e verdadeira, quando se faz consistir a premeditação no simples designio formado antes da acção. Quando, porém, se exige alguma coisa

1) O código português (artigo 34, 11.º) attribue a qualidade de aggravante á simples espera. Ha nisso excessivo rigor.

mais — uma reflexão madura e calma — a erronia se desvenda claramente. O emboscar-se pôde ser resultado de uma resolução repentina. ¹⁾ Perante o nosso código, são inconfundíveis as duas agravantes.

A pessoa esperada pôde ser certa ou incerta. O erro sobre essa pessoa não exclue a agravação. Esta se limita ao crime que o agente tinha em mira. ⁵⁾

A emboscada envolve em si mesma a surpresa. ⁴⁾ Mas é incompatível com a traição. ⁵⁾ Pela sua natureza material, se communica aos participantes do facto criminoso.

II. — No direito moderno, o homicídio *ex insidiis* (com emboscada) ou entra no conceito do assassinio (homicídio premeditado) ou é tido como especie do homicídio simples. Em geral se reconhece que a insidia não é companheira constante e inseparavel da premeditação. A Alimena pareceu demasiada brandura deixar de punir mais energicamente o homicídio insidioso (não premeditado). ⁶⁾ O nosso código fez da emboscada circumstancia qualificadora do homicídio (artigo 294, § 1.º).

1) Alimena, **La premeditazione**, p. 275.

2) Em sentido contrario: — Thomaz Alves, **Anotações**, I, p. 341. De accôrdo com o texto: — Liberato Barroso, **Questões de direito criminal**, p. 158; Galdino Siqueira, **Direito penal**, I, 501; Osman Loureiro, **Modificativos**, p. 132; e outros.

3) Carrara, **Programma**, p. esp., I, § 1165, n. 1.

4) Esmeraldino Bandeira, **Direito penal militar**, p. 449: — “Como a emboscada se baseia na occultação e no segredo, o ataque feito por meio della ao offendido é sempre inopinado, repentino e inesperado. E ahí se tem a surpresa como elemento da emboscada”.

5) A opinião contraria **nóbis aliquando placebat**. (E. Costa, **Repertorio de jurisprudencia criminal**, n. 95). Com razão diz Carrara, **Ob. cit.**, p. esp., I, § 1164 — “... le due qualifiche della prodizione e dello agguato sono inconciliabili fra loro. Dove vi é nascondimento di animo bisogna che vi sia mostra di corpo”.

6) **Ob. cit.**, p. 277.

Paragrapho 9.º — Ter sido o crime commetido contra ascendente, descendente, conjuge, irmão, mestre, discipulo, tutor, tutelado, amo, domestico, ou de qualquer maneira legitimo superior ou inferior do agente.

I. — Reproduz o paragrapho supra, ligeiramente modificada em seus dizeres, a 27.ª circumstancia aggravante enumerada, no artigo 34.º, pelo vigente codigo portugûês. Muito mais restricto era o conceito consagrado no paragrapho 7.º do artigo 16 de nosso antigo codigo: — “*haver no offendido a qualidade de ascendente, mestre, ou superior do delinquente, ou qualquer outra que o constitua, a respeito deste, em razão de pae*”.

Entendeu o legislador patrio que, praticado o crime contra pessoas ligadas ao delinquente por certas relações de parentesco, superioridade ou subordinação, devia a pena ser aggravada. O desrespeito a taes relações, aos laços de amor, amizade, superioridade ou dependencia mantidos entre essas pessoas, pareceu-lhe motivo bastante para a aggravação. E a essa idéa, por demais justa, nada se pôde objectar. Mas, por outro lado, foi o legislador muitissimo infeliz: — collocou na mesma paveia a relação do pae para com o filho, fundada em um dos sentimentos mais vehementes e imperecedores do coração humano, e a que se estabelece ephemeramente, como resultado de mera convenção, entre o amo e o criado, simples assalariado que passa, na bella phrase de Scipio Sighele; emmolhou, como cousas de identico valor ethico e juridico, a relação estabelecida entre duas criaturas de sexos differentes pelo mais intimo e delicado dos élos — a communhão de affectos e de destinos, base moral do casamento, e a que se crea, por uma simples locação de serviços, entre o mestre e o discipulo. Andou mal, reunindo em um mesmo paragrapho, como aggravantes, circumstancias de valor tão desigual. 1).

1) Escriptores antigos e modernos se declararam contrarios a essa equiparação. Citaremos, entre os primeiros, Thomaz Alves, **Annô**

A infelicidade não se cifrou nessa desarrazoada equiparação. O character absoluto de circumstancia aggravante attribuida ao parentesco, a certas relações de familia ou dependencia, não se justifica. Vivem os parentes, muita vez, como inimigos. Alguns paes tratam desamorosamente os filhos, perdendo, por sua propria culpa, a amizade destes. Ha conjuges que não habitam sob o mesmo tecto e que se odeiam. E assim por deante.

Como considerar o crime aggravado em casos taes?

A aggravação fundada na superioridade ou dependencia entre o amo e o domestico já não corresponde ao espirito igualitario de nosso tempo.

II. — Os codigos que inserem, em sua primeira parte' o catalogo das circumstancias aggravantes, mencionam, salvo poucas excepções, a do parentesco. Não o fazem do Chile e do Uruguay. O mexicano, que divide as aggravantes em quatro classes, dando a cada qual destas valor differente, considera como de 1.^a — “el parentesco de consanguinidad en quarto grado de la linea colateral, entre el delincuente y el ofendido”; como de 2.^a — “el parentesco de consanguinidad en tercer grado y el de afinidad en segundo de la linea colateral”; como de 3.^a — “el parentesco de consanguinidad en segundo grado de la linea colateral, y el de afinidad en linea recta”; e como de 4.^a — “ser el reo ascendiente, descendiente o conyuge del ofendido, á excepción de aquellos casos en que al tratar de un delito se considera en la lei como atenuante ó como excluyente esta circumstancia”.

Passou por interessante evolução, no direito espanhol, a circumstancia do parentesco. O codigo de 1850 lhe imprimia o character absoluto de aggravante, doutrina reprovada pela unanimidade dos escriptores. O de 1870 a entregou ao criterio judicial, para que fosse estimada como

tações, I, p. 323, e, entre os últimos, Galdino Siqueira, **Direito penal brasileiro**, I, p. 503. Deste são as seguintes linhas: — “Passível de justa censura é (o nosso codigo) em equiparar aos parentes em linha recta o conyuge, o irmão e o tutor, bem como as relações de domesticidade e de hierarchia, evidente se patenteando a desigualdade das circumstancias”.

aggravante ou atenuante, segundo a natureza e os efeitos do delicto (artigo 10,1). O actual proseguiu no abrandamento, pois concede aos tribunaes a faculdade de não a tomarem em consideração, confôrme a natureza, os accidentes e os efeitos da infracção (artigo 69, 4.º, 2.ª alinea). Os codigos anteriores passavam em silencio a circumstancia proveniente da relação social entre o autor e o offendido. O actual suppriu a lacuna, enumerando como circumstancia mixta, á semelhança da anterior, “la relación social entre el infractor y el agraviado, cuando este o aquel sean tutor, maestro, superior hierarquico o persona constituida en dignidad o autoridad pública, aunque no se halle en ejercicio de sus funciones, si esa relación no califica el delito o determina la pena”.

Dos modernos projectos de codificação penal, alguns, como os italianos, o cubano e o peruano, inciuem no numero das circumstancias denunciadoras de maior periculosidade do delinquente as relações de parentesco e sociaes entre o offensor e o offendido.

Folheando os projectos organizados para o nosso país, verificamos o seguinte : — o do professor João Vieira reedita o codigo em vigor ; o da Camara dos deputados formula disposição mais ampla, assim redigida : — “haver no offendido a qualidade de ascendente ou descendente consanguineo ou affim, conjuge, irmão, tutor, tio, sobrinho, pupillo, cunhado durante o cunhadio, ou qualquer de superior ou inferior legitimo, com relação ao delinquente” ; o do dr. Galdino elimina certos parentes (tio e sobrinho, cunhado, ou affins), mas acrescenta o pae ou filho adoptivo ; o do desembargador Sá Pereira se abstem de consignar qualquer dispositivo a proposito.

Os tres primeiros projectos não souberam evitar os erros do codigo vigente : — como este, englobaram, assemelhando-as, relações entre si mais que muito differentes ; como este, deram a taes relações constante caracter aggravativo, o que muitas vezes será de summa iniquidade.

III. — A leitura do paragrapho, objecto do presente commentario, desperta no espirito do interprete não poucas duvidas.

Comprehende a aggravante o ascendente ou descendente natural?

O conjuge desquitado, ou separado de facto?

O irmão adulterino?

O cunhado?

O tio e o sobrinho?

A madrasta ou padrasto e o enteado?

O pae ou filho adoptivo?

O protutor?

Relativamente á primeira cessaas interrogações :

Como o codigo de 1830, não quiz o actual resolver *expressis verbis* se a aggravante abrangia só o parentesco civil (legítimo) ou tambem o natural (illegítimo). Desse silencio (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*) e da paridade de razão se tem deduzido resposta affirmativa. 1). A nosso ver, com pouco acerto. Estender a aggravante ao parentesco derivado da simples natureza, porque o motivo para a exacerbação da pena é o mesmo, importa applical-a por analogia, contra a formal prohibição do proprio codigo. Trata-se de circumstancia que aumenta a punição. Manda a hermeneutica se faça a exegese em sentido favoravel ao delinquente. Tinha o legislador patrio o exemplo de outros legislações que com toda clareza se referiam á parentela natural. Com certeza não o ignorava. Se nada disse, o seu mutismo deve ser entendido como a exclusão dos parentes dessa especie.

Quanto á segunda :

Persistindo o vinculo conjugal, a despeito do desquite ou da deserção do lar caseiro, não se póde deixar de reconhecer a aggravação. Decidiu de maneira contraria o ares-

1) Macedo Soares, **Codigo penal commentado**, artigo 39 § 9. Galdino Siqueira, **ob. cit.**, p. 505 ; Jorge Severiano, **Codigo penal**, pag. 86 ; Rodrigues Teixeira, **Direito penal**, p. 239 ; e outros.

to publicado no *S. Paulo Judiciario*, vol. XX, p. 432 ; mas sem motivação satisfactoria. 1).

Com referencia á terceira :

Falla o codigo em irmão, sem distinguir. Cumpre interpretal-o extrictamente. A indole da circumstancia assim o exige. 2).

Sem applicação analogica do paragrapho supra, não é possível ampliar a aggravante ás hypotheses figuradas nas outras perguntas.

As expressões “mestre”, “discipulo”, “tutor” e “tutelado” não apresentam ambiguidade alguma. Traduzem conceitos vulgares. A palavra “amo”, como explicam os dicionaristas, significa, na linguagem de nosso tempo, dono da casa, patrão (em relação aos seus serviçaes). O nome “domestico”, em accepção restricta, equivale a criado. Designa então a pessoa que, mediante salario (e de ordinario tambem alimento e habitação), presta serviços materiaes nos quefazeres da casa. Em sentido menos limitado, comprehende todos os individuos que executam trabalhos remunerados e em razão delles têm entrada na casa, ou nas suas dependencias, como caseiros, feitores e jornaleiros. 3). Não é da essencia da idéa da domesticidade a residencia habitual sob o mesmo tecto (como pareceu a Viveiros de Castro). No paragrapho de que nos occupamos, o substantivo “domestico” deve ser entendido restrictivamente.

1) Diz bem o desembargador Rodrigues Teixeira, *Ob. cit.*, p. 240 ; — “A qualidade de conjuge prevalece como aggravante mesmo que o delinquente e a victima não vivam sob o mesmo tecto. Assim decidiu o Supremo Tribunal da Espanha (8. XI. 1873). Outra não pode ser a solução perante nosso direito”.

2) De outro modo deve enterder-se o parentesco a que allude o paragrapho 2.º do artigo 42. **Benigna amplianda.**

3) O codigo bavaro (1813), no capitulo do furto, definia o que eram “domesticos”. Outros trilharam o mesmo caminho. O sardo foi um delles. Em seu artigo 607, assim se exprime : “Sotto nome di **domestico** si intende ogni individuo addetto al giornaliero servizio e nella casa del padrone con salario od altro stipendio, coabitati o no coabitati col padrone”. Em seu tão elogiado projecto, Levy Jordão copiou, na parte geral, a definição feuerbachiana, accrescentando — “os hospedes em-quanto residirem na casa” Ao autor de nosso codigo pareceu indispensavel esclarecer o vocabulo.

O versículo final — “ou de qualquer maneira legitimo superior ou inferior do agente” torna de desmedida amplitude a aggravante. (Onde quer que se descubra uma hierarchia, reconhecida pela lei, será ella applicavel.

Essa circumstancia presuppõe, por parte do delinquente, conhecimento da relação que lhe serve de base. Em outros termos : — o dolo do agente deve comprehendel-a.

Algumas das qualidades mencionadas no paragrapho óra commentado constituem, em certos casos, aggravantes especiaes. Isto acontece, por exemplo, nos artigos 273 e 277. E no artigo 132, § 2.º, letra *b* do Codigo de menores. Em outros, formam elementos componentes da respectiva figura criminosa. Assim, a de mãe no infanticidio *honoris causa*, definido no paragrapho unico do artigo 298. E a de conjuge no adulterio. No homicidio é a circumstancia deste paragrapho qualificativa. 1). Pelo artigo 335, não

1) E' o parentesco entre o delinquente e a victima circumstancia que costuma ser apresentada como imprimindo ao homicidio intencional gravidade extraordinaria. O codigo italiano considera como homicidio aggravado o que é commettido “sopra la perscna del coniuge, del fratello e della sorella, ovvero del padre o della madre adottivi, o del figlio adottivo, o degli affini in linea retta” (artigo 365, l.º); e como qualificado o que recae “sopra la persona dell'ascendente o discendenti legittimo o del genitore o figlio naturale, quando la filiazione naturale sia stata legalmente riconosciuta o dichiarata” (artigo 366, lº). Certo grupo de legislações faz do homicidio neste caso uma figura autonoma — o parricidio (Codigo francês, 299 ; belga, 295 ; espanhol, actual, 521 ; portugûes, 355 ; genebrino, 254 ; tessinês, 288; bem como os da Colombia, Equador, Chile, etc.); variando, entretanto, bastante na extenção dada a esse *nefas ultimum*. Algumas dessas leis a ampliam a casos de parricidio improprio (consoante a phraseologia dos praticos). O ponto de vista em que se collocam os systemas juridicos alistados nesse grupo deve ser tido hoje como antiquado. Os codigos mais adeantados apenas aggravam a penalidade ordinaria (aumentando-a ou substituindo-a) ou nenhuma consideração ligam a essa circumstancia. Os que aggravam diversificam sobremaneira nos pormenores. Outro grupo desconhece a aggravação resultante do parentesco entre o autor e a victima. Ella se não encontra no direito anglo-americano, no codigo hollandês, no da Noruega, assim como nos projectos austriacos, desde 1884, nos suissos e nos allemães (inclusive o contra-projecto dos quatro professores). E' o systema que se nos antolha mais razoavel. A aggravação da pena, até no parricidio proprio, nem sempre se justifica. Attesta a experiencia que fre-

se dá acção de furto entre marido e mulher, salvo havendo separação judicial de pessoas e de bens, ascendentes, descendentes e affins nos mesmos gráus.

As relações de parentesco, devendo resultar de actos do registo civil, constituem questão de direito. Deve caber a decisão aos juizes togados 7).

quentemente os crimes dessa especie se originam de abusos, violencias, provocações praticadas, com desesperadora continuidade, pelos paes. O auctor do crime se apresenta não raro mais sympathico e digno de piedade do que a victima. Observou v. Liszt a proposito: — “As tragedias de familia que terminam na morte do pae ou da mãe têm sua ultima razão, na maioria das vezes, no proceder da mesma victima”. Já antes v. Holtzendorff havia escripto: — “São muitas vezes humilhações impostas a um filho, a injusta retenção de quinhões hereditarios, offensas dirigidas á nora que dão motivo ou occasião ao crime”. Quando se discutiu, perante a primeira commissão, o projecto elaborado por Stooss, asseverou, com muita plausibilidade, Mayer von Schauensee que nem sempre se justificava a punição mais rigorosa do homicidio perpetrado contra ascendentes (*Verhandlungen*, I, 319). Isso tambem se reconheceu na exposição de motivos do primeiro projecto allemão. No parricidio improprio, ainda mais se avolumam os motivos para combater uma aggravação constante. Não podemos pois applaudir o disposto no n. 2 do artigo 187 do projecto Sá Pereira.

7) Neste sentido é a jurisprudencia italiana.

Paragrapho 10.º — Ter o delinquente commettido o crime por paga ou promessa de recompensa.

I. — ‘E’ realmente procedimento vil e ignobil o daquelle que por dinheiro ou promessa de recompensa se presta a commetter um crime. O executor mercenario revela um estado de corrupção e perversidade, que o legislador não podia deixar de tomar em consideração como tomou”. Com estas palavras fundamenta muito bem o criminalista português Abel do Valle 1) o n. 4.º do artigo 34 do código de seu país, paralelo ao paragrapho supra.

A aggravante de que tratamos supõe sempre uma avença ou convença (*un mercado*, dizem os espanhóes) entre a pessoa que paga ou promette e aquella que se incumbe da execução do crime. Tudo quanto possa ser objecto de paga ou promessa está comprehendido na letra do dispositivo. Nada importa seja pequena ou vultosa, directa ou indirecta, a paga ou recompensa. Também não depende de prévia fixação. Póde ser deixada á escolha do mandante. Não constitue condição essencial da recompensa ter valor patrimonial. Lembraremos, para próva da asserção, a promessa de futuro casamento, com a propria pessoa instigadora do crime ou com terceira.

Questão interessante é a de saber se esta aggravante se applica exclusivamente ao executor material ou também ao autor moral do crime. Groizard, commentando o código de sua patria — código ha pouco revogado — assim

1) **Anotações**, p. 102. Merece transcripção o seguinte lugar do criminalista chileno Robustiano Vera : — “Cometer un crimen por saciar una venganza, será siempre un crimen ; però nunca tan feo i repugnante como se nos presenta el que ha sido ejecutado por precio o por esperar una recompensa pactada de antemano. Este es instrumento de otro i lo consume sin llevar odio ni rancor, sino que a sangre fria va donde la victima elejida para ganar una vil recompensa. Un criminal de esta especie revela una horrible disposición para perpetrar acciones abominables. Por eso no puede la lei tener piedad en semejantes casos i lejos de ello, establece con sobrada razon una agravacion de pena contra el criminal pagado” (**Código penal commentado**, p. 122).

se manifestou; — “La circunstancia alcanza á todos los que directa ó indirectamente han intervenido en el concierto que ha precedido al hecho”.¹⁾ Cuello Calón cita nesse sentido uma sentença do Tribunal Supremo.²⁾ Entre nós, é seguida a solução opposta.³⁾ A maneira como está redigido o paragrapho que examinamos não consente a applicação ampliativa da aggravante.⁴⁾

No crime praticado por paga ou promessa de recompensa póde existir ou não a premeditação, quer por parte do autor intellectual, quer por parte do autor physico.

A paga ou promessa de recompensa é elemento integrante nos crimes de peita e suborno (Codigo, artigos 214 a 217). Como aggravante especial encontramol-a no artigo 325 (injuria ou calumnia). E como qualificadora do homicidio no paragrapho 1.º do artigo 294.

II. — Déra o codigo da monarchia a esta circumstancia a seguinte redacção : — “ter o delinquente commettido o crime por paga ou esperanza de recompensa”. O legislador de 1890 formulou-a de modo differente, pondo-a de conformidade com as legislações alienigenas, nenhuma das quaes falla em esperanza de recompensa. Os projectos de refórma se dividiram : — os do dr. Galdino Siqueira (artigo 20,4) e do desembargador Sá Pereira (artigo 187) preferiram o modelo antigo ; os do professor João Vieira (artigo 32, §

2) **El código penal de 1870 comentado**, I. p. 388.

3) **El nuevo código penal**, p. 134.

4) Thomaz Alves, **Anotações**, I, 388 ; e João Vieira, **Código criminal do imperio**, p. 364, no regime do codigo de 1830. Galdino Siqueira, **Direito penal brasileiro**, I, p. 509 ; J. Severiano, **Código Penal**, p. 28 ; Esmeraldino Bandeira, **Direito penal militar**, p. 452, no codigo vigente. Este criminalista observa : — “O crime do que dá a paga ou faz a promessa é aggravado por outra circumstancia — a do ajuste.”

5) A Ordenação, livro V, titulo 35, paragrapho 3 punia com a mesma pena tanto o executor assalariado como o que mandasse matar ou ferir outrem por dinheiro, seguindo-se a morte ou ferimento. O artigo 7.º do decreto n. 4.743, de 31 de outubro de 1923, impõe a pena de prisão cellular por um a quatro annos e multa de 300\$000 a 6.000\$000 a quem, mediante paga ou recompensa, fizer ou obtiver se faça qualquer publicação que importe crime de imprensa.

11) e da Camara dos deputados (artigo 32, § 10) entenderam conveniente referir-se tanto á promessa como á esperança de recompensa. As legislações que permitem a aggravação da pena, se o crime é praticado por motivos baixos ou deshonrosos (reprovados, na phraseologia de nosso código) não precisam de preceito especial, relativo á paga ou promessa de recompensa.

III. — As legislações que distinguem, no homicidio doloso, duas modalidades diversas — o homicidio simples e o qualificado (assassinio) — se dividem, quanto ao criterio differencial, em varios grupos: — o primeiro toma como elemento distinctivo, unico, a premeditação; o segundo, essa circumstancia e tambem outras, a que attribue identico valor; o terceiro, só estas circumstancias. Estes dois deradeiros grupos incluem no quadro das circumstancias qualificativas uma referente ao homicidio conducticio ou mercenario. Assim a espanhola diz — “por precio ou promessa remuneratoria” e a peruana — “por lucro”. Os projectos suissos conceituam como assassinio o homicidio praticado “par cupidité”. No systema do projecto checo-eslovaco e no do italiano (Rocco) o homicidio por paga ou recompensa é qualificado ou aggravado pela natureza baixa ou abjecta do motivo determinante. Deste rapido apanhado se conclue que, salvo nas legislações do primeiro grupo, em todas as outras soffre o homicidio mercenario as penas mais severas.

6) Liberato Barroso, **Questões praticas**, p. 156 notou a redundancia. Não convencem as razões com que Esmeraldino Bandeira (*Ob. cit.*, p. 453) tenta justificá-la.

Paragrapho 11.º — Ter sido o crime commetido com arrombamento, escalada ou chaves falsas.

I.—O codigo de 1830, no paragrapho 13 do artigo 16, relacionava como circumstancia aggravante: — “ter havido arrombamento para a perpetração do crime”. O actual, seguindo o exemplo do portuguez, addicionou: — “escalada ou chaves falsas”.

Sem duvida demonstra maior tenacidade e audacia na realização do plano criminoso, tornando mais precaria a defesa privada, quem se serve destes meios. Em regra, delles se utilizam os delinquentes habituaes ou profissionaes. O alarma social aumenta. Porisso todas as legislações têm reputado o emprego de taes meios, pelo menos, com relação a certa classe de acções puniveis, como circumstancia que agrava ou qualifica o delicto.

Que se deve entender pela expressão arrombamento?

Não o diz o codigo actual. O da monarchia, no capitulo do roubo (artigo 270), nos fornecia o seguinte esclarecimento: — “Os arrombamentos se consideram feitos todas as vezes que se empregar força ou quaesquer instrumentos ou apparelhos para vencer obstaculos”.

Redigido em termos de bastante amplitude, esse enunciado equivalia a uma definição generica, applicavel a todos os crimes susceptiveis de ser praticados com a alludida circumstancia. Um dos mais conceituados commentadores desse codigo a completou, escrevendo: — “Arrombamento é a remoção ou destruição dos obstaculos que, interna ou externamente, se oppõem á perpetração dos crimes contra as pessoas, ou as cousas, por meio da força, instrumentos ou apparelhos”. 1).

Os criminalistas allemães, quando procuram fixar a noção do arrombamento, discutem se ella tem como elemento integrante a offensa da substancia material da cousa. Mer-

1) Francisco Luis, **Codigo criminal**, nota ao § 13 do artigo 1o.

kel ¹⁾, Olshausen ²⁾, Frank ³⁾, v. Liszt ⁴⁾ sustentam que sim. Mas a opinião mais difundida é a contraria. ⁵⁾. Em nosso país, pela primeira se pronunciou Galdino Siqueira, dizendo: — “ha arrombamento sempre que o obstaculo, opposto como segurança da pessoa ou da propriedade, é vencido por meio de violencia, isto é, por força muscular ou por instrumentos, e haja offensa da substancia material da cousa”. ⁶⁾. Não nos parece esta condição indispensavel. A lei equipara ao arrombamento a escalada e as chaves falsas. Nestes dois ultimos meios não se verifica, ou raramente se verificará, a lesão da substancia da cousa. Como e por que, pois, exigil-a para o primeiro? ⁷⁾ A violenta remoção dos obstaculos basta para constituir o arrombamento. A simples offensa da connexão mechanica da cousa é sufficiente. Quem, para se apossar de objectos guardados em um caixão fechado, o abre, arrancando os pregos da tampa, pratica um arrombamento. Quem, por meio da força, afasta as folhas de uma porta, que, pelo seu emperro, de ha muito se não abria, commette arrombamento. Exemplos analogos podiam ser multiplicados.

Essencial á idéa da aggravante é o emprego de força. Esta póde ser muscular ou mechanica (instrumentos ou apparatus). E deve revestir-se de certa intensidade. A ruptura de um invólucro de papel, de um amarrilho, não se póde qualificar de arrombamento. ⁸⁾. Não ha ahi obstaculo

1) Holtzendorff, *Handbuch*, III, 675, 6.

2) *Kommentar z. Strafgesetzbuch*, § 243, n. 2, 17.

3) *Strafgesetzbuch*, § 243, III, 2.

4) *Lehrbuch*, § 128, II, 2.

5) Binding, *Lehrbuch*, I, 299; Geyer, *Grundriss*, II, 46; Meyer-Allfeld, *Lehrbuch*, 515; Oborniker, *Der schwere Diebstahl*, 62, etc.

6) *Direito penal brasileiro*, I, p. 510.

7) Oborniker, *Ob. cit.*, p. 65.

8) Em brilhante sentença, estampada na *Gazeta Jurídica*, vol. LX, 217, disse o dr. Moraes Mello: — “Os obstaculos á perpretação do crime, segundo o artigo 358 do codigo penal, devem offerecer sufficiente resistencia physica ás rapaces intenções dos delinquentes. Não caracterizam taes obstaculos os sellos postos pelo pessoal de uma via ferrea nas portas dos carros de carga”. Sobre este ultimo ponto, no mes mo sentido e contra

a ser removido ou destruído. Deve dizer-se o mesmo de um vidro, mais ou menos espesso, do crystal de uma vitrina? Parece-nos que não. 1).

Costumam dividir o arrombamento em externo e interno; mas essa divisão carece de importancia. O código francês menciona os casos de uma e de outra especie, acrescentando na segunda alinea do artigo 376: — “Est compris dans la classe des effractions interieures le simple enlevement des caisses, boites, ballots sous toile et corde, et autres meubles fermés, qui contiennent des effets quelconques, bien que l’effraction n’ait pas été fait sur le lieu”. Outros códigos, como o italiano (artigo 404, 4.º) e o turco (§ 493, 4), também inserem clausula semelhante: — “ainda que o arrombamento (ruptura) não se verifique no mesmo lugar”. A jurisprudencia allemã exige que o arrombamento se dê no mesmo lugar do crime (consummado ou tentado). 2).

A respeito desta interessante materia, decidiu o Superior Tribunal de Justiça do Maranhão, em 18 de setembro de 1900: — “O código penal brasileiro não comprehendeu na classe dos arrombamentos internos a simples tirada do movel fechado, que encerra valores ou outros quaesquer objectos, para ser arrombado posteriormente, em lugar differente, como fez o código francês, artigo 395, o italiano no artigo 404, n. 4, e mais frisantemente ainda o espanhol, no artigo 521, n. 4, que trata do roubo. Os projectos de código penal, que têm sido apresentados e discutidos no Congresso nacional, reconheceram a necessidade de definir melhor os delictos contra a propriedade, tão mal esboçados nos códigos de 1830 e 1890; e todos elles, tratando do furto, estabelecem o caso da violencia feita á cousa fóra do lugar do crime. . .” 3).

a jurisprudencia da Côte de Cassação de seu país, Giurati: **Delitti contro la proprietá**, p. 225.

1) A nossa lei não exige, como a italiana, para o arrombamento, “solida materia”.

2) Frank, **Ob. cit.**, § 243, III, 2, a.

3) Edgard Costa, **Repertorio de jur. criminal**, p. 351.

No mesmo sentido outros julgados se encontram nos repositórios da nossa jurisprudencia. ¹⁾

O arrombamento constitue circumstancia elementar do crime de roubo (artigo 358). Qualifica o homicidio. Forma por si os crimes dos artigos 129 e 133. Não se applica sómente aos crimes contra a propriedade, como em outros systemas juridicos.

II. — Consiste a escalada em penetrar em edificio ou lugar fechado por via (abertura) não destinada a esse fim, vencendo os obstaculos. ²⁾ Não se incluye no conceito dessa aggravante, confórme o nosso direito, a idéa de serem sempre taes obstaculos superados por meio de accesso ou subida. A introducção por conducto subterraneo tambem se enquadra nesse conceito (artigo 358). Está a nossa lei, nessa amplificação, de harmonia com o que prescrevem as legislações em geral (Codigo francês, artigo 397, 2 ; belga, 486 ; hollandês, 89 ; portuguezs, 442 ; etc.). Algumas dellas admittem a escalada interna :

a) para a entrada em outros lugares ou recintos fechados no mesmo edificio ; ou,

b) para o transporte ou salvamento da cousa, objecto do delicto.

A nossa só conhece essa especie com o primeiro de taes objectivos.

Os meios para a entrada no edificio ou suas dependencias por escalada, infinitamente varios, se classificam em dois grupos : — os artificiaes e os consistentes na agilidade pessoal do autor.

1) Costa Manso, **Casos julgados**, p. 120. Adverso a essa solução, Esmeraldino Bandeira, **Direito pen. militar**, p. 457.

2) A idéa da escalada resente-se de imprecisão. Fallando no seio da segunda comissão revisora do projecto suizo, disse Gautier :— “Cette seule question a fait couler en France des flots d’encre, et l’on a fini par décider, entre autres, qu’il y a escalade quand le voleur traverse á gué une rivière servant de clôture, mais non quand il la traverse sur la glace” (**Protokol**, II, 284). O recente codigo espanhol (artigo 66, 9) define a escalada, mas lacunosamente, pois não se refere á condição, essencial, dos obstaculos. No mesmo senão incorre a formula de Garçon (381, 181).

Quanto aos primeiros :

Devem elles ser creados ou predispostos com esse fim especial ?

Em outras palavras e particularizando :

O individuo que, para penetrar em edificio fechado, se aproveita da escada ou córda deixada, por descuido ou qualquer outro motivo, pelo dono ou morador, pratica a escalada ?

Discordam as respostas. Mas prevalece a negativa. 1).

Commette crime com escalada quem, tendo dois caminhos para entrar na casa ou suas dependencias, um desimpedido e outro não, fál-o por este ultimo, sobrepujando as difficuldades? Como no caso anterior, dissidiam as opiniões. A maioria, entretanto, nega a existencia dessa circumstancia. 2).

Não ha escalada sem effectiva penetração do agente na casa, ou dependencia, fechada. Subir a um muro, galgar o telhado não é bastante. Quem, trepando por uma escada chega á janella do andar superior de um predio, mal cerrada, abre-a, e depois, por meio de uma vara adrede preparada, se apossa do objecto que dentro se achava, não pratica o crime com essa aggravante. 3). Os escriptores allemães e italianos discutem, quando se deve dizer que o agente entrou no predio. Basta que ahi tenha introduzido alguma das partes do corpo — sustentam uns. Precisa introduzir todo o corpo — dizem outros. A proposito escreveu muito bem Giuriati: — “I verbi entrare ed uscire accennano a due operazioni a bastanza comuni della vita pratica ; ciascuno di noi entra od esce da qualche edificio

1) Carrara, **Programma**, p. sp., § 2171 ; Alimena, **Modificatori**, III, 683 ; Marciano, **Il titolo X del cod. pen.**, p. 118 ; Chauveau et Hélie, **Théorie du code penal**, IV, 68 ; etc. Em nosso país : Galdino Siqueira, **ob. cit.**, 513 ; Rodrigues Teixeira, **Dir. pen.**, 252. Em contrario : Schwarze, **Strafgesetzbuch**, § 243, 21 ; Garçon, **Code pen. annoté**, art. 381, n. 183 ; e, entre nós, Esmeraldino Bandeira, **ob. cit.**, 457.

2) Alimena, **ob. cit.**, III, 683. Dos escriptores brasileiros, affirmativamente, Esmeraldino Bandeira, no lugar citado.

3) Marciano, **ob. cit.**, p. 114 ; Alimena, **ob. cit.**, 688 ; Puglia, na **Enciclopedia**, de Pessina, X, p. 190. Este criminalista acha discutivel, perante os principios fundamentaes da sciencia, a solução.

um numero cospicuo di volte al giorno e quando si limita a introdurre un braccio nel vano di una finestra non si sogna certamente di affermare che *é entrato* nella casa. Eppure i nostri interpreti del codice penale ripetono con non encomiabile frequencia que introdurre un braccio e *persino una pertica* (!) in un edificio basti per integrare la qualifica. Ma a che cosa servono le parole, se esse non ci aiutano ad intenderci sugli atti piú comuni, sulle cose piú banali della vita?"). Não ha como desconhecer ou contestar a procedencia destas observações.

Póde dar-se a escalada por intermedio de um agente inimputavel (autoria mediata)?

O Tribunal do Imperio, na Allemanha, decidiu que não, argumentando que a entrada no edificio ou recinto fechado devia ser do proprio delinquente. Os escriptores, porém, se pronunciam contra a doutrina desse aresto. ²⁾ E, a nosso ver, com elles está a verdade juridica.

Autor da escalada é por via de regra um *extraneus*, mas póde ser o proprio dono ou morador.

Por sua natureza material, essa circumstancia se communica aos diversos participantes do crime. Ella é elementar no roubo e no assassinio (294, 1.º).

Constitue por si só começo de execução (tentativa) do primeiro desses crimes? Discordam as respostas dos tribunaes e dos escriptores. ³⁾

III. — Chaves falsas se dizem as alteradas, imitadas ou contrafeitas; as verdadeiras quando se acham fortuita ou subrepticamente fóra do poder de quem tiver o direito de as usar; e tambem os instrumentos que possam servir para abrir fechaduras ou cadeados. E' a definição do codigo portuguez (artigo 442), perfeitamente adaptavel ao nosso direito. A phrase "fortuita ou subrepticamente"

1) *Delitti contro la proprietà*, p. 229.

2) Harburger, na *Vergl. Darstellung*, A. T., VI, p. 255; Oborniker, *ob. cit.*, p. 75; Olshausen, *ob. cit.*: § 243, 20:etc.

3) *Ligeiro estudo de legislação comparada em Frank*, na *Vergl. Darstellung*, A. T., V, p. 184.

abrange as chaves perdidas, as conseguidas por meios ilícitos, criminosos ou não, e as obtidas de modo legitimo, mas das quaes o detentor se utiliza abusivamente.

A aggravante da ultima parte do paragrapho presuppõe : — a existencia de uma fechadura, cadeado ou engenho que não seja normalmente aberto senão por um instrumento adequado, denominado chave ; que essa fechadura, cadeado ou engenho esteja fechado ; que o abrimto se realize por meio de chave falsa ; e seja para fim delictuoso. 1).

O codigo considera esta circumstancia como aggravante generica. E lhe attribue o caracter de elementar no crime do artigo 129 e de qualificativa nos de assassinio (294, 1.º) e de roubo (artigo 358). Constitue este crime a subtracção de um movel fechado — uma burra, um cofre — e a abertura, com chave falsa, em lugar diverso ? Como no caso do arrombamento, a solução deve ser negativa. Ha na hypothese simples furto.

O artigo 361, reproducção do artigo 300 do codigo da monarchia, pune como crime “fabricar gazuas, chaves, instrumentos e apparatus proprios para roubar, tel-os ou trazel-os comsigo, de noite ou de dia”. Attenta a sua indole puramente contravencional, está essa disposição em lugar improprio.

Tambem se communica aos codelinquentes a aggravante das chaves falsas.

1) Occorre essa aggravante, quando, em apparatus automaticos, destinados á distribuição de objectos, se emprega, para pôr em movimento o mecanismo, moeda falsa ou um pedaço de metal ? As opiniões estão divididas. Em sentidos oppostos : Ertel, *Die Automatenmissbrauch*, Berlin, 1898, e Schiller, *Rechtsverhältnisse des Automaten*, Zuerich, 1898.

Parapho 12.º — Ter sido o crime commetido com entrada, ou tentativa para entrar, em casa do offendido com intenção de perpetrar o crime.

I. — Occupando-se dos direitos de liberdade, escreveu o publicista Bluntschli : — “A casa protege o individuo e a familia como o corpo protege a alma. Parece uma extensão do invólucro physico do homem. E’, portanto, com razão que a offensa praticada no domicilio do offendido se pune mais severamente e que a autoridade ahi não póde penetrar sem observancia de formalidades garantidoras”. 1).

A entrada ou tentativa de entrar, na casa de outrem para contra este executar um crime, constitue desrespeito á inviolabilidade do lar domestico. Ha nesse caso duplo crime. O codigo patrio, seguindo o exemplo de outras legislações, considerou esse facto como simples aggravante. Melhor fôra que deixasse a hypothese ser regulada pelos principios da concorrência de crimes.

A mais de uma questão tem dado margem o dispositivo, tão mal redigido, que commentamos. A casa deve ser do proprio offendido? João Vieira opinou ser sufficiente que o mesmo nella se achasse. 2). E nesse sentido formulou o parapho correspondente de seu projecto : — “ter havido entrada ou tentativa para entrar na casa em que se achava a victima, com intento de commetter o facto”. Mas o texto legal é crystalino. *In claris ex vulgato axiomate non admittitur voluntatis quaestio*. Casa do offendido se diz a em que o mesmo reside. Pouco importa seja elle o chefe, algum membro da familia ou simples aggregado. A lei não dis-

1) **Droit public**, p. 399.

2) Thomaz Alves, **Anotações**, I, p. 346, escrevendo no dominio do codigo antigo, entendia que mais correcta seria a doutrina legal, se abrangesse a casa onde o offendido estivesse. Do mesmo parecer, deante do codigo vigente, são : Galdino Siqueira, **Direito penal brasileiro**, I, p. 516 ; Rodrigues Teixeira, **Direito penal**, p. 258 : e Osman Loureiro, **Modificativos da pena**, p. 135.

tingue. Excluem-se os estranhos. 1). Para estes, observa Groizard, o santuario, o asylo que a lei lhes garante está em outra parte.

Ao violar ou tentar violar a casa alheia, deve o agente alimentar o proposito de commetter segundo crime. A violação representa um meio. Quem, achando-se na casa de outrem, por disputas supervenientes, pratica um delicto contra alguma das pessoas nella moradoras, não responde pela aggravante em apreço. 2). Diversa é a solução perante aquelles codigos que fazem consistir a circumstancia em haver sido o crime praticado em casa do offendido. Em alguns delles (como os espanhões, o uruguayo, o chileno, o venezuelano, etc.) deixa de verificar-se a aggravação, se tiver havido provocação do mesmo offendido. Esta clausula restrictiva, perfeitamente razoavel, deve ser adoptada, mau grado o silencio da lei. O tempo, se de dia ou de noite, é indifferente.

O consentimento, expresso ou tacito, da victima tira á entrada ou tentativa para entrar na casa o caracter de aggravante. Para os effeitos desta, o conceito juridico da palavra “casa” abrange todas as respectivas dependencias. 3).

II. — A circumstancia do paragrapho supra está incluída entre as qualificativas do homicidio (artigo 294, § 1.º). Acarreta aumento de seis annos na pena. Entretanto, o crime contra a inviolabilidade do domicilio, inda quando

1) Quanto aos hospedes, procede o sentir de Groizard;— “En nuestro concepto, si el huésped está en una casa particular en que se le recibe como pariente ó como amigo, tiene la misma preminencia para este efecto que los demás que residen en la morada, porque mientras permanezca en ella, no puede menos de ser considerado como su morador. Si habita en otra casa donde se le recibe por un estipendio, entonces su morada propriamente dicha es el cuarto que tiene destinado, porque en el es donde realmente mora”. (**El Código penal**, I, p. 463).

2) Neste sentido : — accordam do Supremo Tribunal Federal, de 24 de abril de 1915, em E. Costa, **Repertorio**, n. 82.

3) De accôrdo a decisão do Tribunal Supremo da Espanha, de 2 de dezembro de 1899, citado por C. Calón, **El nuevo código**, p. 139.

commettido com violencia á pessoa, com emprego de arma, ou por dois ou mais individuos, só é punido com tres meses a um anno de prisão. Evidentemente se lhe emprestou demasiada importancia. E' elementar do roubo, se se verificar á noite e por algum dos meios especificados na segunda alinea do artigo 357.

Parapho 13.º — Ter sido o crime ajustado entre dois ou mais individuos.

I. — O accordo entre dois ou mais individuos para a pratica do crime presuppõe uma resolução criminosa tomada com alguma antecedencia e, pelo consequente, mais demorada e reflectida. Além disso, a conjuncção das actividades crea maior perigo para o bem juridico ameaçado e torna mais difficil a defesa. *Vis unita fortior.*

Discute-se se esta circumstancia pôde coexistir com o mandato. Varios commentadores do codigo de 1830 (Paula Pessoa, Carlos Perdigão, Francisco Luis) sustentavam a opinião negativa. Para elles, sendo o mandato um *pac-tum sceleris* entre o mandante e o mandatario, já incluia em si, como elemento essencial, o ajuste. Esta solução sempre teve quem a reprovasse. João Vieira foi um de seus adversarios.

Repete-se a controversia em face do codigo vigente. O douto criminalista Mendes Pimentel qualifica de “engano manifesto” a primeira dessas opiniões. “Realmente — escreve elle — o artigo 37 do codigo preceitúa que a circumstancia aggravante não influirá quando fôr elemento constitutivo do crime; mas o mandato não é crime, é uma das fórmulas da coautoria criminosa”. 1). E recorda, com o fito de demonstrar que a sua solução está apoiada pela sciencia, a seguinte conclusão votada pelo congresso penitenciario reunido em Washington, em 1910: — “Dado o aumento de crimes praticados em participacção e especialmente por delinquentes habituaes, isto é, os mais perigosos do ponto de vista social, é conveniente considerar a participacção como circumstancia aggravante a aumentar a faculdade que tem o juiz de exacerbar a pena”. Concordamos de todo com a opinião do illustre professor mineiro. 2).

1) *Revista dos Tribunaes*, vol. XXV, p. 512 (1918).

2) Em idêntico sentido, além de João Vieira, Galdino Siqueira *Direito penal brasileiro*, I, 517; Osman Loureiro, *Modificativos da pena*, p. 136. Contra: Macedo Soares, *Código penal*, commentario a este pa-

A jurisprudencia persiste em sua maneira antiga de decidir. Nos accordams de 16 de fevereiro de 1917, da Relação de Minas, e de 11 de outubro de 1919, do Supremo Tribunal Federal ¹⁾, se considerou o ajuste como circumstancia elementar em caso de mandato.

Na codeinquerencia necessaria (conspiração, sedição, duello, adulterio, etc.) não tem cabimento a aggravante deste paragrapho. E' ella qualificativa do homicidio (artigo 294, 1).

II. — No congresso de anthropologia criminal, celebrado em Amsterdão, em 1901, propoz Scipio Sighele fosse considerado o concurso de duas ou mais pessôas na pratica do crime como causa de aggravação da pena. E argumentou, allegando que nos delictos realizados mediante a cooperação de varios individuos se verificava maior gravidade objectiva, pois a defesa se difficultava e mais facil se tornava a execução do designio criminoso : e, por fim, que os delinquentes associados eram mais perigosos do que os solitarios. Essa idéa triumphou no congresso penitenciario de Washington. Vemol-a acolhida no projecto Ferri, quando reputa a cumplicidade (*sensu lato*) como indicativa de maior periculosidade (artigo 21, 11). Dahi passou para o projecto Rocco, o qual agrava a pena "per coloro che siano concorsi nel reato previo concerto". ²⁾ E tambem para os de Cuba (artigo 57, 2.^a) e do Perú (artigo 151, 10.^o). Os nossos (exceptuado o do desembargador Sá Pereira) conservam esse motive

ragrapho ; Esmeraldino Bandeira, **Direito penal militar**, p. 466 ; Oscar Monte, **Direito penal**, p. 280 ; e Rodrigues Teixeira, **Direito penal**, p. 262.

1) **Revista forense**, XXXIII, 394.

2) Francamente contra o previo concerto como circumstancia aggravante commum e geral se manifestou a commissão dos advogados e procuradores de Udine e Tolmezzo (rel. adv. Bertaccioli). Um dos argumentos foi "que esse concerto era **condição** do concurso. Tambem a commissão dos advogados de Roma (rel. Pergola) fez reservas quanto a essa aggravante. Vejani-se : — **Lavori preparatori del codice penale**, III, 148.

de aggravação da pena. Encontramol-o no código português (artigo 34.º, 7.ª. 1).

1) A teoria da cumplicidade como circunstancia aggravante se acha exposta e sustentada no livro de Scipio Sighele, **La teorica positiva della complicitá** (2.ª ed., 1894). O eminente chefe da escola classica allemã, v. Birkmeyer, considerou de toda justiça e conveniencia a aggravação da pena nesse caso. (**Vergleichende Darstellung**, A. T. II, 159).

Paragrapho 14.º — Ter sido o crime commettido em auditorios de justiça, em casas onde se celebrarem reuniões publicas, ou repartições publicas.

I. — Não continha o codigo da monarchia aggravante igual a esta. Foi o legislador republicano tomal-a de emprestimo ao codigo portugûes, redigindo-a com algumas modificações. Do estudo comparativo dos dois codigos a respeito não se pôde concluir favoravelmente ao nosso. No portugûes a aggravante estava formulada nos seguintes termos: — “ter sido o crime commettido em lugares sagrados, em tribunaes ou em repartições publicas”.

Eis como o criminalista Abel do Valle, a cuja autoridade já por vezes temos recorrido, a justifica : — “A circumstancia de ser commettido o crime nos lugares indicados produz naturalmente maior escandalo na opinião publica. Quem não hesita em commetter crime nos lugares destinados ao culto religioso, ou nos tribunaes e repartições publicas, que são destinadas á administração da justiça e ao desempenho de funcções sociaes e de interesse publico ; quem não duvida affrontar por tal modo a santidade e o respeito devido a esses lugares mostra maior perversidade moral e grande audacia para o mal e merece ser castigado mais severamente” 1). Estas considerações se applicam tambem, *mutatis mutandis*, a quem praticar o factio criminoso em casas onde se celebrarem reuniões publicas.

Auditorios de justiça são os lugares em que os juizes e tribunaes exercem suas funcções. Constituem uma especie das repartições publicas. A lei os realça pela sua maior importancia. A phrase “casas em que se celebrarem reuniões publicas” comprehende os templos 2) e os theatros. E tambem os hospitaes ? Quando nelles se realizarem reuniões dessa natureza (como nos dias de visita), não ha boas razões

1) **Anotações**, artigo 34.º, 17.ª.

2) João Vieira, **Codigo penal**, II, 131, opina que o paragrapho não comprehende os lugares sagrados. Em contrario se manifestam Bento de Faria, Macedo Soares, Rodrigues Teixeira e outros.

para excluí-los. Os cemiterios só muito figuradamente podem ser considerados como casas.

O que seja reunião publica é cousa que dispensa explanação.

II. — A aggravante deste paragrapho não tem cabida, quando o crime é provocado por alguma das pessoas que se achem á testa da reunião, pela autoridade ou por seus agentes. ¹⁾ É elemental no crime de entrar tumultuariamente no recinto de qualquer das camaras do Congresso, das assembléas legislativas dos Estados ou das intendencias ou conselhos municipaes (artigo 109, § 2.º). Com character especial achamol-a no artigo 134, paragrapho unico. Não qualifica o homicidio. ²⁾.

1) Macédo Soares, **Código penal commentado**, artigo 39, § 14 ; Galdino Siqueira, **Direito penal**, I, p. 521 ; Rodrigues Teixeira, **Direito Penal**. p. 264 ; etc.

2) Os projectos João Vieira e Galdino reproduziram a aggravante tal qual se acha no código. O da Camara apenas disse : — “ter sido commetido o crime em auditorio de justiça”. O lugar onde o crime se pratica constitue, segundo o projecto Ferri (artigo 20, 8.º), circumstancia inculcadora de maior periculosidade, quando revela por par te do delinquente mais elevado gráu de insensibilidade moral. Segue-lhe a esteira o projecto peruano. Nada diz a respeito o de Rocco.

Parapho 15.º — Ter sido o crime commetido faltando o delinquente ao respeito devido á idade ou enfermidade do offendido.

I. — A infancia e a velhice, os dois extremos da existencia humana, se caracterizam pela fraqueza, pela impossibilidade de se defenderem, com vigor e efficacia, contra as aggressões que lhes são dirigidas ; e, portanto, exigem mais energica protecção da lei penal. Taes offensas, sem respeito á fragilidade da victima, denunciam, por parte de delinquente, indole brutal e perversa. Os romanos diziam — *maxima debetur puero reverentia*. E da velhice asseveravam que ella era — *velut altera pueritia*. Na phrase de Cicero, *in fragile corpore odiosa omnis offensio est*.

A diversos commentadores de nosso codigo tem parecido que o parapho supra não comprehende a idade infantil. 1). Restribam-se elles no argumento de que, com relação á mesma, não se póde fallar em “respeito devido”. A razão carece de valor. O codigo portuguez de 1852 enumerava como aggravante “commeter o crime... com desprezo do respeito, que por sua dignidade, idade, ou sexo elle (o offendido) merecer”. Em seus excellentes commentarios, escreveu Levy Jordão : — “O que injuria um ancião, o que fere uma criança, o que espanca uma mulher tambem denota mais criminalidade, porque por uma lei natural era especialmente obrigado a respeitar essas idades e esse sexo”. O codigo reformado (1886), fonte na qual não poucas vezes hauriu inspiração o legislador brasileiro, aggrava o crime commettido “com desprezo do respeito devido ao sexo, idade ou enfermidade do offendido”. Não duvidam os interpretes de que esse texto se refere tambem á infancia. 2). O codigo espanhol de 1870 punha entre as aggravantes a circumstan cia de ser o factio executado com “despreccio

1) Macedo Soares, **Codigo penal**, commentario ao artigo 39, § 15 ; Lima Drummond, **Lições**, p. 190 ; Galdino Siqueira, **Direito penal**, I, p. 522 ; Octavio do Monte, **Ensaio**, p. 280 ; Rodrigues Teixeira, **Direito penal**, p. 269 ; etc.

2) Abel do Valle, **Anotações**, p. 124.

del respeto que... por la edad ó sexo mereciere el offendido” (artigo 10, 20. ^a). Occupando-se do assumpto, disse Groizard : “Por la edad merecen respeto los ancianos y los niños. Unos y otros están colocados en una situación especial que les hace dignos de esta consideracion. Los ancianos deben ser respetados como las personas que están constituidas en dignidad y con ellas pueden compararse. Los niños merecen que se les considere por la debilidad y por su inocencia”. ¹⁾). Estes exemplos são illustrativos : — desvendam o pensamento contido nas disposições similares á nossa e nos devem servir de guias. ²⁾).

A enfermidade desperta, nas almas bem formadas, os sentimentos de dó e compaixão. Quem deante della se não detem, deixando de praticar o crime, demonstra malvadez. Deve soffrer castigo mais rigoroso. Póde ser physica ou psychica (mental) a enfermidade, passageira ou permanente, geral ou parcial, congenita ou adquirida. Nenhuma distincção faz o texto. Cabe aos tribunaes decidir, em cada caso concreto, se ella é tal que mereça ser protegida com a sancção do paragrapho acima. ³⁾).

Acêrca da idade, convem trasladar para aqui a seguinte passagem de Groizard : — “No fijando la ley la que deben tener los ancianos y los niños para que se falte á la consideracion y respeto que se les debe, hay que estar al arbitrio judicial, que para estos casos nos parece muy propio. El legislador ha hecho bien en no encerrar a los Tribunales en circulos sobrados estrechos que con frecuencia conducen á una injusticia abso-

1) **El código penal de 1870**, I, p. 460.

2) Bento de Faria, **Anotações**, artigo 39, § 15, assim opina: — “A idade póde ser tanto a infantil como a senil : ambas merecem igual respeito”. Em idêntico sentido, João Vieira e Eduardo Durão. Neste grupo se alista E. Kiellander, **A idade e o crime**, p. 39 : — “Não ha razão para distinguir entre os sexos, nem mesmo entre a maior e a menoridade. Haverá a aggravante no crime commettido contra o velho, contra a velha e contra a criança”.

3) Temos por indefensavel a opinião dos que, como Galdino e Rodrigues Teixeira, estabelecem como condição para reconhecimento da aggravante a impossibilidade, para o offendido, de repellir a offensa. Quando entendeu necessario esse requisito, a lei o indicou.

u ta” 1). Em nosso antigo código se inseria a clausula — “quando este (o offendido) fôr mais velho tanto que possa ser seu pae (do offensor)”. Semelhante criterio foi abandonado pelo autor do código actual, e com razão, pois não se adaptava ao conceito, mais amplo, da aggravante.

II. — Todos os códigos que mencionam esta circumstancia fazem tambem referencia ao sexo. Omittiu-a o nosso. A lacuna, se realmente existe, se não foi intencional, não póde ser complanada pela jurisprudencia.

Só o código portuguez allude á enfermidade.

Dos nossos projectos de refôrma, o do professor João Vieira repete o código em vigor ; o da Camara dos deputados volta ao de 1830 ; e o do dr. Galdino prefere tambem a fórmula antiga, com o accrescimo da phrase — “ou ao seu estado de enfermidade”. O do desembargador Sá Pereira nada diz.

1) **Ob. cit., eod. loc.**

Parapho 16.º — Ter sido commettido o crime estando o offendido sob a immediata protecção da autoridade publica.

I. — Foi a legislação portugueza a fonte desta aggravante, que o codigo de 1830 não conhecia. Explicava o illustre commentador Levy Jordão o character attribuido a esta circumstancia, dizendo : — “se aquelle que está debaixo da immediata protecção da autoridade publica é victima de algum delicto, torna-se este tanto mais aggravante quanto envolve uma violação do acatamento devido ás autoridades”.

O qualificativo “immediata” foi ahi posto para significar que não se trata da protecção de que gozam, em uma sociedade civilizada, por parte das autoridades, os individuos em geral. A lei tem em mira situações especiaes. E’ impossivel enumeral-as *a priori*.¹⁾ O antigo codigo português declarava — “immediata e especial protecção...” O actual supprimiu estes adjectivos, tornando muito vago o dispositivo. Pareceu ao nosso legislador bastar sómente o primeiro delles.

Esta circumstancia é elemental no caso do artigo 297, n. 13 ; e qualificativa do homicidio (artigo 294, 1.º).

II, — Das legislações que pudemos compulsar, apenas uma, além da portugueza, contém esta aggravante. E’ a mexicana, que copiou servilmente o codigo de 1852.

Os nossos projectos de reforma variam: — o do dr. Galdino mantém o dispositivo actual ; os do professor João Vieira e da Camara dos deputados se moldaram pelo vigente codigo português.

1) Sob a immediata protecção da autoridade publica se consideram os presos que respondem a processo ou cumprem sentença condemnatoria. Assim tambem os menores e incapazes recolhidos, por ordem e á disposição das autoridades judiciaes, ou administrativas, aos estabelecimentos de preservação, reforma, ou assistencia. Só ás pessoas se refere a aggravante. Quem furta um objecto judicialmente depositado não commette o crime com essa circumstancia.

Paragrapho 17.º — Ter sido o crime commettido com emprego de diversos meios.

I. — Outra circumstancia suggerida pelo codigo portugê. Arrola elle como aggravante : — “Ter sido commettido o crime com o emprego simultaneo de diversos meios ou com insistencia em o consummar, depois de malogrados os primeiros esforços”. Ao legislador patrio pareceu desnecessario o elemento da simultaneidade. 1). E tambem que o emprego de diversos meios, só por si, indicava a insistencia na realização do intento criminoso. Por essas razões, reduziu o dispositivo á simplicidade do paragrapho supra.

O emprego de diversos meios denuncia, na generalidade dos casos, maior firmeza e perseverança na resolução criminosa, demonstra maior tenacidade no proposito de levar á execução o máu designio. Ao mesmo tempo, aumenta as difficuldades da defesa. Cresce, poi esses dois motivos, o alarma social. Tudo isso justifica o character aggravante attribuido a essa circumstancia.

Os meios não precisam ser da mesma natureza. O emprego da fraude e da força, por exemplo, exacerbam a pena.

II. — Sómente o nosso codigo e o que lhe serviu de modelo mencionam esta aggravante. O mexicano falla em grande numero de meios (artigo 45, 10.ª).

Contra ella se manifestam em nosso país, varios escriptores. 2). Ha tambem quem a approve. 3).

Os projectos de refórma reflectem a divergencia: — o do professor João Vieira a include, o da Camara dos deputados a exclue. O dr. Galdino, no que elaborou, completa a disposição, de accôrdo com o paradigma portugê.

Entre as qualificadoras do homicidio (artigo 294, 1) se acha esta circumstancia.

1) Equívoca-se Rodrigues Teixeira (**Direito penal**, p. 277), quando affirma depender a aggravante da simultaneidade no emprego dos meios. Não a exige o codigo. Nem é ella indispensavel á caracterização da pertinacia na execução do crime.

2) Bento de Faria, **Anotações**, commentario a este paragrapho ; Dias Duarte, **O Direito**, vol. LIII, p. 615.

3) Filinto Bastos, **Lições**, I, p. 157.

Paragrapho 18.º — Ter sido o crime commetido em occasião de incendio, naufragio, inundação, ou qualquer calamidade publica, ou de desgraça particular do offendido.

Encontramos esta aggravante em todos os codigos que adoptam o systema da enumeração. Ella se nos depara tambem nas legislações que se occupam do furto chamado calamitoso. 1).

Facil é atinar com as razões justificativas da exasperação da pena no caso deste paragrapho. Commentando a disposição parallela do codigo de seu país, escreveu Pacheco: — “En esos momentos de supremo peligro, que algunas veces rodean a los hombres, la proteccion de la sociedad debe ser más esmerada, como és más caritativa la concurrencia de sus vecinos honrados. Quien se separa de estos principios, quien aprovecha eses instantes de confusion para añadir affliciones a los afligidos, esé se hace reo de un delito doble, porque comete una doble infamia. Justamente agrava la ley sus rigores para penarla”. 2). A estas refflexões se póde acrescentar: em taes momentos menor é a possibilidade da defesa, mais incerto é o seu exito

O paragrapho vertente menciona o incendio, o naufragio e a inundação. O codigo portuguez vigente designa tambem — o obito. Os do Chile e do Uruguay fallam em sedição, tumulto ou commoção popular. 3). — Com maior esmero technico, sem esse defeituoso casuismo, o projecto Ferri, no elenco das circunstancias demonstrativas de mais

1) Codigo austriaco, § 174, II, a; sueco, cap. 20, § 6; hollandês, 311; italiano, 404; uruguayo, 371, 3.º; argentino, 162, 2.º; turco, § 493, 2; espanhol, 1928, 705, 9.º; e os de varios cantões suissos (Stooss, **Grundzuege**, II, 76).

2) **El codigo penal comp. y comm.**, I, 233.

3) Extremamente prolixo, o projecto cubano (Ortiz) dá a esta aggravante a seguinte redacção: — “la ejecucion del hecho en ocasion, de inundacion, naufragio, varadura, descarrilamiento, colision, incendio, terremoto, huracán y otra calamidad pública, grave peligro común o cons-ternante desgracia privada”.

intenso grau de periculosidade do criminoso, aponta : — “l'esecuzione del delitto durante una publica o privata calamità od un comune pericolo”. O peruano fez sua essa fórmula, de seductora simplicidade. No projecto Rocco, a aggravante consiste em “l'averne approfittato di disastri, calamità o commozioni publiche, o di privati infortuni o sventure dell' offeso o di altre persone”. Os nossos projectos não são uniformes : — o do professor João Vieira e o do dr. Galdino nenhuma alteração introduzem na estrutura do paragrapho supra. O da Camara dos deputados põe a essencia da aggravante em “ter-se aproveitado o delinquente da occasião...” O do desembargador Sá Pereira não a insere na curta lista do artigo 133.

A clausula “ou qualquer calamidade publica, ou de desgraça particular do offendido” tornou meramente exemplificativa a enumeração anterior.

Que vem a ser “calamidade publica” ?

Que significa “desgraça particular do offendido” ?

Calamidade publica é o accidente que ameaça ou fere, parcial ou totalmente, uma collectividade. Assim a guerra, uma epidemia, um terremoto.

Desgraça particular do offendido é a situação de infortunio em que o mesmo se encontra, em dado momento, por virtude de um facto imprevisito. A perda inesperada de um ser querido, um desastre automobilistico, um incendio e inumeras outras hypotheses se encasam no referido conceito.

Póde a embriaguez ser incluída nessa categoria ? Exemplificando : quem subtrae de um alcoolizado o relógio, certa quantia de dinheiro ou outro objecto commette furto aggravado pela circumstancia constante do paragrapho que commentamos ? Discutem os criminalistas italianos se no caso se deve reconhecer a existencia de um furto calamitoso. Grande é a discordancia entre elles. ¹⁾

1) Carrara, *Programma*, p. esp., § 2217 ; Manzini, *Il furto*, 571 ; Longo, *Commento*, II, 498 ; Giuriati, *Delitti contro la proprietà*, p. 214, n. 2, sustentam que a embriaguez é motivo para applicação da aggravante do infortunio particular. Marciano, *Il titolo X del cod. pen.*, p. 81 ; Micela, *Trattato sulle qualifiche del furto*, p. 122 ; Puglia, na *En-*

A phrase “em ocasião” deve comprehender todo o periodo que transcorre da imminencia do perigo á cessação dos effeitos do accidente calamitoso. Constitue questão de facto, entregue ao prudente criterio dos juizes, decidir se o delicto se verificou dentro desse intervallo de tempo.

Subjectivamente, precisa ter o delinquente consciencia da situação (calamidade publica ou desgraça privada) e della querer aproveitar-se. Esta condição está implicita. A situação não deve ser produzida, dolosa ou culposamente, pelo autor do delicto. Se o fôr, dolosamente, haverá um crime aggravado pela circumstancia do paragrapho 3 (artigo 39) ou concorrência de crimes. Se o fôr, por simples culpa, poderá haver o concurso de uma infracção culposa com outra dolosa. 1).

Quem, recebendo um deposito miseravel (*tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa*), delle se apropria, commette o crime do artigo 331, § 2.º, com a aggravante do paragrapho supratranscripto ?

Os commentadores espanhóes aventam a duvida, perante o codigo de seu país, e concluem pela applicação da correspondente aggravante. 2). O codigo italiano previu a hypothese estabelecendo de modo expresso a aggravação (artigo 419). Seguiram-lhe o exemplo o uruguay o (artigo 389, 5) e o

ciclopedia, de Pessina, X, p. 166, e outros são de opinião opposta. Civoli, **Trattato di dir. pen.**, IV, p. 548, acha que a embriaguez pôde em alguns casos constituir infortunio, mas que é exaggero declaral-a sempre tal. Esta nos parece a melhor opinião.

1) Aberrante dos principios elementares é o dispositivo do artigo 333 do projecto Sá Pereira: — “Aquelle que, para perpetrar crime contra a vida ou contra o patrimonio, se aproveitar do incendio ou da inundação que, por culpa, tiver causado, por estes será punido como se intencionalmente os causasse”. Figure-se o seguinte caso: A., empregado de um estabelecimento commercial, lança, por descuido, imprevidentemente, uma ponta de cigarro, mal apagada, a um canto. O fogo communica-se a materias facilmente inflammaveis. Alastra-se o incendio. A., aproveitando-se da confusão, subtrahе um objecto — um relógio — que se achava sobre a escrivaninha. Responderá... por incendio doloso ! Ha ahi completa eversão do conceito do dolo.

2) Rivarola, **Exposicion y critica**, I, p. 211.

turco (§ 510). A maior quantidade politica (damno mediato) do delicto, justifica perfeitamente essa solução, no caso do deposito necessario (de que o miseravel é especie) até perante o nosso direito.

E' qualificativa do homicidio essa circunstancia (artigo 294, 1).

Paragraphe 19.º — Ter o delinquente reincidido.

Art. 40 — A reincidencia verifica-se quando o criminoso, depois de passada em julgado sentença condemnatoria, commette outro crime da mesma natureza e como tal entende-se, para os efeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo.

I — A reincidencia (em francês *recidive*, em italiano e romeno *recidiva*, em allemão *Rueckfall*, em hollandês *herhaling*, em dinamarquês *gentagelse*, em russo *postorenie*) significa, consoante a linguagem commum, a recalhida em novo crime. Em accepção technica, *sensu juris*, quer dizer a pratica de novo crime após condemnação pelo anterior. O direito positivo dos diversos povos restringe ainda mais esse conceito, fazendo-o depender de condições, nem sempre iguaes.

Denota a reincidencia, senão sempre, ao menos na maioria dos casos, por parte do delinquente, uma vontade obstinadamente rebelde á observancia da lei. A maior potencialidade na reproducção do crime, a maior tendencia a repetir acções que violam ou põem em perigo bens juridicos alheios exigem mais energica reacção penal. Por outro lado, o novo crime evidencia a inefficacia ou insufficiencia da primeira pena. Cumpre se revista a segunda de maior rigor ou intensidade. Porisso desde a jurisprudencia romana vem sendo reconhecido o character aggravativo dessa circumstancia. 1).

No dominio da doutrina, não tem faltado quem lhe recuse essa qualidade. Dizem uns que a aggravação viola o principio — *ne bis in idem* (e assim se entendia no antigo direito inglês). Sustentam outros que a culpabilidade moral nos reincidentes é menor do que nos delinquentes pri-

1) Ferrini, *Dritto penale romano*, n. 98.

marios. Estes e outros argumentos, de facil refutação 1), não lograram abalar a opinião tradicionalmente adoptada. 2).

Os positivistas assentaram neste terreno o seu “quartier générale”, como se exprime Tuozzi. Para elles, nem sempre indica a reincidencia maior perversão, indole mais accentuadamente anti-social e perigosa. Para elles, a aggravação, ou mutação do genero de pena, deve ser facultativa e não obrigatoria. 3).

Qual a intima natureza dessa aggravante?

Duas teorias existem a respeito: — uma a classifica como circumstancia intrinseca, modificadora da imputação 4); outra, como circumstancia que se relaciona com a pena. A primeira se contenta, para o reconhecimento da aggravante, com uma precedente condemnação; a segunda exige execução total ou parcial da pena anterior. 5);

Costumam os escriptores dividir a reincidencia em verdadeira ou real (perpetração do segundo delicto depois de expiada a pena do primeiro) e ficta (perpetração após a simples condemnação pelo antecedente delicto); em propria (recahida em delicto do mesmo genero ou da mesma natureza) e impropria (recahida em qualquer outro delicto). Tanto a reincidencia verdadeira como a ficta podem ser proprias ou improprias.

1) Puglia, na opulenta monographia inserta na **Enciclopedia**, de Pessina, V, 707, longamente os expõe e rebate.

2) Alludindo á opinião que nega o character agravativo da reincidencia, escreveu Matteotti (**Recidiva**, p. 233) — “Ormai a tale teorica, la quale piu non attrae che qualche solitario, é assegnato un valore, un interesse quasi unicamente storico”. A these abolicionista teve um valoroso paladino em Orano, **La recidiva nei reati**, Roma, 1883. Ahi se acham reunidos os melhores argumentos em favor della.

3) Florian, **Dei reati e delle pene**, 1173; Garofalo e Carelli, no **Trattato**, de Cogliolo, I, p. III, p. 903; Puglia, **ob .cit.**, p. 735, n. 2

4) Essa theoria está superiormente defendida por Manzini, **Recidiva**, p. 443. Em sentido contrario: Carrara, **Programma**, p. g. § §737 e 738; **Opuscoli**, II, 123; Canonico, **Introd. allo studio del dir, penale**, 310; Paoli, **Exposizione storica e scientifica dei lavori prep. del cod. pen.**, I, 208; e outros.

5) Alimena, **Principios de d. pen.** (trad. espanhola de C. Callón), II, p. 383.

A generalidade dos criminalistas e das legislações se satisfaz com a existencia de uma condemnação anterior. Essa condemnação deve ter passado em julgado. Refere-se a esta condição de modo expresso o código argentino, quando diz : — “sentença firme”. E’ o systema do nosso. 1).

Deve a reincidencia ter como requisito, no entender de escriptores de grande nomeada, o cumprimento, total ou, ao menos, parcial, da pena imposta ao primeiro delicto. E acreditam só assim poder affirmar-se, com fundamento, a improficuidade ou insufficiencia do castigo e a perseverança criminoso do agente. Esta opinião, por influencia dos projectos suissos, foi consagrada no código peruano. 2). Vemol-a igualmente acolhida no recentissimo código yugoeslavo.

Na caracterização da reincidencia propria ou especifica, muito divergem os criminalistas e as legislações. Uma antiga opinião, hoje em completo descredito, só admittia a reincidencia, quando o segundo crime era identico ao primeiro (Código bávaro, 1813, artigo 111; código prussiano, 58; etc.). As legislações adeptas desse systema declaravam como identicos o caso simples e o qualificado. Na essencia, o código allemão vigente se conserva fiel a essa antiga maneira de resolver o problema. Hoje predomina a opinião de que, para a existencia dessa especie de reincidencia, basta a condemnação por crime da mesma indole ou natureza.

Quando se acham dois crimes nessa relação de afinidade?

Varias legislações entregam ao criterio prudencial dos juizes a resposta. O código tessinês e o espanhol consideram homogeneos os crimes comprehendidos no mesmo titulo.

1) O recente código espanhol preceitúa : — “con anterioridad y ejecutoriamente”. O mexicano, de 15 de dezembro de 1929, falla apenas em condemnação. Explicito o artigo 138 do projecto brasileiro (Sá Pereira).

2) A. G. Cornejo, **Comentario al nuevo código penal**, p. 401, se mostra pouco sympathico a esse systema, pois escreve : — “... como el fundamento de la reincidencia no está en que la pena sea insufficiente sino en la peligrosidad del agente, revelada por su recaída en el delito, la razón apoya a los propugnadores de la reincidencia ficta, entre los quales están los más illustres penalistas”

O itahano (seguido pelo turco) dispõe que são da mesma indole os que violam o mesmo preceito da lei, os previstos no mesmo capitulo, e os constantes de uma lista que apresenta (artigo 82). Outros attendem, não só ao character do crime, senão tambem á identidade dos moveis ou do fim. O do cantão de Schwitz toma como criterio, unico e exclusivo, o motivo. ¹⁾.

Qual das duas especies de reincidencia denuncia, por parte do agente, gráu mais elevado de perversidade ou periculosidade, merecendo porisso ser encarada como mais grave?

Antigamente, só se ligava importancia á propria ou da mesma especie. Em nosso tempo, prevalece em geral um systema mixto; attribuindo-se, todavia, maior gravidade á especifica. ²⁾. O delinquente que pratica segundo crime da mesma natureza do primeiro — assim se argumenta — mostra maior e mais forte vontade de perseverar na actividade deshonesta, manifesta identico impulso criminoso, sendo subjectivamente mais perigoso. ³⁾. Com vigor contestam estas razões os multiplos partidarios da reincidencia generica. Ouçamos um delles, o argentino Peco: — “La comision de los mismos delitos no denota indefectiblemente la misma tendencia criminal. Por el contrario, la heterogeneidad de delitos puede corresponder a una inclinación homogénea. Una persona comete tres homicidios: el uno arrebatado por la cólera, el otro movido por la venganza, el tercero aguijorreado por el interés. Aqui los moviles son distintos, no obstante el delito es el mismo. Em cambio, otra persona mata para robar, trama una estafa, comete un robo sin recurrir a la violencia. A pesar de la diversidad de los delitos, hay un mismo instinto criminal”. Depois de adduzir outras razões, conclue esse distincto penalista: — “En suma, el que comete delitos de distinta naturaleza

1) A insufficiencia dos varios methodos ou criterios escoltiuos para a determinação da homogeneidade das delictos está muito bem demonstrada na exposição de motivos do ante-projecto allemão de 1909.

2) Florian, **ob. cit.**, I, n. 479.

3) Manzini, **La recidiva**, p. 456.

demuestra la misma vocación al delito que el autor de hechos reprimibles iguales o análogos. El estado peligroso no lo constituye la mecánica repetición de los mismos delitos sino el carácter antisocial revelado por la comisión de varios delitos. Que no siempre la reincidencia genérica es una prueba de inemendabilidad es evidente, pero lo mismo puede decirse de la reincidencia específica. En ambas, tienen más poderío la inclinación a la delincuencia que el temor a la pena". 1).

O antigo código argentino acolhia as duas espécies de reincidência, sendo a genérica de modo limitado. O projecto de 1891 estatuiu: — "Habrà reincidência siempre que el condenado por sentença firme, aunque haya mediado indulto ó commutación, cometa un solo hecho punible de cualquier naturaleza que fuere" (artigo 84). A Lei de Reformas, embora de modo algo nebuloso, acolheu o principio da reincidência genérica. Aceito pelo projecto de 1906, esse principio teve consagração positiva no artigo 50 do código actual, mas sómente com relação ás penas privativas da liberdade. Também com essa restrição se nos depara a reincidência genérica nos projectos suíços. Em toda sua plenitude, encontrámo-la no código mexicano do anno proximo passado. Elle qualifica como reincidência: — "el que comete uno o más delitos aunque sean conexos, si antes ha sido condenado por alguno en la Republica o fuera de ella, siempre que se ejecuten en actos distintos".

Salienta-se no projecto Rocco o maior valor da reincidência específica: elle pune a genérica com o aumento da pena até metade; e a específica com o aumento até dois terços (artigo 95).

Para os sectarios da escola positiva, não ha razão para considerar uma de mais gravidade que a outra. Ambas podem attestar a maior periculosidade do delinquente.

O código patrio só conhece a específica; e serve-se, na sua conceituação, de um criterio acanhadissimo — o de se-

1) La reforma penal argentina, ps. 443 e 445.

rem os dois crimes violação do mesmo artigo !... Isto tem provocado censuras muito justas.

Em geral fixam as legislações prazo após o qual a condenação anterior perde sua efficacia. E' a chamada prescripção da reincidencia. Esse prazo varia muitissimo nas legislações, sendo a tendencia para abrevial-o ; pois, segundo demonstra a estatistica, a reincidencia se verifica principalmente nos primeiros annos. ¹⁾ Transcorrido o prazo, como disse Gautier, "l'oubli couvre le passé et le délinquant est traité comme s'il débutait par l'infraction nouvelle". O codigo portugûes marca oito annos para os crimes e seis meses para as contravenções (artigos 35 e 36), o chileno dez annos para os primeiros e cinco para as segundas (artigo 104), o norueguês, respectivamente, seis e dois annos. No codigo peruano o periodo é de cinco annos (artigo 111). No ante-projecto suizo de 1908 era apenas de tres annos ; mas a segunda commissão revisora achou excessiva a redução.

Decresce dia a dia o numero das leis que preferem a perpetuidade da reincidencia. A nossa ainda nelle se include. Nos projectos do professor João Vieira e da Camara dos deputados se perfilhava a idéa contraria. Não quiz nortear-se na mesma direcção o do desembargador Sá Pereira.

Discute-se porfiadamente, em teoria, se se estriba em razões frisantes a prescripção ou purgação da reincidencia. Na literatura dos diversos países prevalece a opinião favoravel a esse instituto. Combatem-no os positivistas, em sua maioria. ²⁾ Mas tambem alguns escriptores estranhos a essa escola pensam do mesmo modo. ³⁾ Opinião

1) Dos citados motivos do ante-projecto allemão : — "Os codigos mais recentes mostram tendencia para encurtar os prazos" (p. 350). A v. Liszt pareceu bastante o de tres annos (**Reform**, I, 390). Esta idéa foi abraçada pelo contra-projecto conhecido como dos quatro professores. Adverso á brevidade do termo de purgação : Manzini, **ob. cit.**, p. 473.

2) Garofalo, **Criminologia**, 368 ; Florian, **ob. cit.**, p. 184 ; Puglia, **ob. cit.**, p. 747 ; etc.

3) Pertence a este numero, aliás exiguo, Laborde, **Cours de droit criminel**, p. 277. Veja-se tambem P. Cuche, **Precis de droit criminel**, n. 112.

intermedia é a daquelles que, como Carrara, reconhecem ao tempo effeito attenuativo, de sorte a ser menor a aggravação quanto mais distanciado, pela época, estiver o segundo do primeiro crime. Em alguns codigos cantonaes da Suissa (entre elles, o de Zurich, § 68) encontramos essa idéa transformada em preceito legal. 1).

Nessa discordancia de opiniões, inclinamo-nos pela que sustenta a temporariedade da reincidencia ; mas improvamos o demasiado encurtamento do prazo. 2).

A reincidencia é possivel entre um crime doloso e outro culposo ?

Entre um crime e uma contravenção ?

Entre crimes culposos ?

Entre um crime commum e outro militar ou politico ?

Sobre todas estas questões rinhem os escriptores. As divergencias se reflectem nas legislações. Por via de regra se sustenta a exclusão da reincidencia, quando um dos crimes é doloso e outro culposo. 3). E isto pela disparidade do elemento subjectivo de um e outro.

1) O projecto Rocco aboliu a prescripção da reincidencia. A medida, porém, não agradou. Muitas vozes contra ella se levantaram, como se vê nos **Lavori preparatori**, P. II.^a, artigo 95.

2) Thomaz Alves, entre os nossos antigos escriptores, se manifestava pela temporariedade da reincidencia (**Annotações**, I, 95). Modernamente, por ella se pronuncia Filinto Bastos, mas **sub conditione**. Partidarios da reincidencia permanente, porém facultativa, são Lima Drummond, Esmeraldino Bandeira e Galdino Siqueira. Sem essa restricção : Osman Loureiro, **Modificativos da pena**, 140. O Congresso Juridico Brasileiro, reunido, em 1908, na capital da Republica, se occupou do assumpto, accetando a opinião do relator Lima Drummond.

Temos em nosso direito positivo um caso de purgação de reincidencia :—é o do artigo 17 do decreto n. 1.236, de 2 de setembro de 1904 (marcas de industria e de commercio)—“A reincidencia será punida com o dobro das penas estabelecidas nos artigos 14 e 15, se não tiverem decorrido dez annos depois da anterior condemnação por algum dos crimes previstos nesta lei”.

3) Em contrario: Altavilla, **I fattori della delinquenza colposa**, p. 191. Florian, depois de attestar “concorde l’opinione che tra reati dolosi e colposi la recidiva non sia possibile”, acrescenta não ter duvida de que essa reincidencia deve ser admittida (**ob. cit.**, p. 183). O projecto

Muito poucos escriptores não admittem a reincidencia entre delictos culposos. O codigo pátrio, com a melhor doutrina, a reconhece.

A sciencia e as legislações concordam em repellir a reincidencia entre crimes e contravenções, em virtude da differença objectiva dessas duas especies de infracções. No systema de nosso codigo, a duvida não pôde ser suscitada. Assim tambem a concernerne á reincidencia entre crimes communs e politicos ou militares. ¹⁾

Problema dos mais interessantes, largamente discutidos, é o de saber se a condemnação por tribunaes estrangeiros deve dar lugar á reincidencia. A maior parte das legislações vigentes, dominadas ainda pelo principio da territorialidade da lei penal e da absoluta soberania dos Estados, despreza, como factor da reincidencia, a condemnação imposta por tribunaes de outro país. Ellas só reconhecem a reincidencia nacionalizada (na phrase de Garraud). Mas a idéa contraria, mercê dos esforços da doutrina, ganha quotidianamente mais terreno. E acabará de certo triumphando em toda a linha. O Congresso penitenciario de Paris (1895) votou, por quasi unanimidade, uma resolução favoravel á these de que, no calculo da reincidencia, devem ser computadas as sentenças estrangeiras. De accôrdo com ella, o de Washington (1910) propoz a adopção de diversas medidas destinadas a tornar conhecidas condemnações pronunciadas no exterior.

O codigo norueguês deu aos juizes a faculdade de attenderem a taes condemnações. O argentino (artigo 50) manda computal-as, exigindo apenas que o crime em virtude do qual a sentença condemnatoria foi proferida dê lugar á extradição. O mexicano, posto ha pouco em vigor, só exclue a computação “cuando los delitos cometidos en el extranjero no tengan ese caracter en la República” (arti-

brasileiro (Sá Pereira) exclue, expressamente (artigo 139) da reincidencia a condemnação infligida por crime culposo ou contravenção, salvo se as novas infracções são da mesma especie”.

1) Sobre a reincidencia no nosso direito penal militar : Esmeraldino Bandeira, **Dir. pen. mil.**, p. 487 e seguintes.

go 64). O primeiro destes dois ultimos codigos imitou o projecto suizo (artigo 64), o segundo o austriaco (§ 64, 2).

O projecto checo-eslovaco inseriu o seguinte preceito, de ordem geral: — “Os effeitos legais da condemnação tambem se verificam quando esta é pronunciada no estrangeiro, salvo se, pelas condições do facto criminoso ou pela natureza e gravidade da pena, não puder a mesma condemnação ter semelhante no país” (§ 12, 4). O italiano (Rocco) contém um artigo referente ao reconhecimento das sentenças penaes estrangeiras. Ahi se declara que estas podem ser reconhecidas “per stabilire la recidiva o altro effetto penale della condanna” (artigo 11). Pode-se asseverar que foram sem dissonancia os louvores a esta innovação. ¹⁾.

Guiando-se por estes exemplos, o projecto brasileiro (Sá Pereira) não distingue, para a reincidencia, a condemnação decretada no país da emanada de autoridades judi- ciaras estrangeiras. Mas exclue a que constar de sentença desta ultima especie, por crime que, segundo a nossa lei, não admitta extradição (artigos 138 e 139). ²⁾.

O perdão, o indulto, a prescripção (*poena augetur etiam propter antiqua delicta praescripta*) não obstat á existencia da reincidencia. Esta é a lição commum. A amnistia, sim, porque ella apaga o delicto: considera-se este como se jamais houvesse sido commettido.

Quanto á maneira de exacerbação da penalidade, occorrendo a circumstancia da reincidencia, tres são os methodos em uso:

- a) accrescentamento de uma pena accessoria á ordinaria;
- b) simples aumento na duração da pena commum dentro dos limites desta;
- c) elevação do gráu da pena ou passagem a uma especie superior.

1) **Lavori preparatori**, III, parte 1.ª, p. 189 e seguintes.

2) Não tenho duvida — escreve v. Liszt — em dar preferencia á formula do projecto austriaco; com a extradição nada tem que ver a reincidencia (**Reform**, I, 391).

O nosso código segue o segundo desses processos, por signal o mais atrazado.

Como se prova a reincidencia ?

Na maxima parte dos Estados europeus a prova se faz com a exhibição da sentença ou sentenças anteriores. Em nosso país, onde não houver disposição expressa a respeito, a prova deve consistir em certidão, revestida das condições legais, da sentença precedente. O Código do Processo Penal do Districto Federal (Decreto n. 16 751 — de 31 de dezembro de 1924) preceitúa, no artigo 666 : — “As certidões e informações do Gabinete (de Identificação e Estatística), dadas de accordo com o processo estabelecido no respectivo regulamento, provam os antecedentes do identificado e a reincidencia”.

A quem cabe resolver sobre a existencia ou inexistencia dessa agravante ?

Na jurisprudencia francesa e italiana se considera como de direito e não de facto a questão da reincidencia. ¹⁾ Entre nós, a praxe é submettel-a á apreciação e julgamento dos juizes de facto. Esta solução se apoia no artigo 239, § 4 do Código do Processo, na lei de 3 de dezembro de 1841 (artigo 60) e no regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842 (artigo 368). ²⁾

Se a primeira sentença condemnatoria só fôr conhecida depois de haver passado a segunda em julgado, o beneficio resultante da omissão aproveitará ao delinquente.

A reincidencia é circumstancia qualificativa do homicidio (artigo 294, § 1.º). Interrompe a prescripção da acção e da condemnação (artigo 81).

II — No ponto de vista sociológico, a reincidencia póde ser simples ou habitual. A primeira póde ter character accidental ; a segunda demonstra inclinações duradouras,

1) Alimena, *Limiti e modificatori*, III, p. 619; Majno, *Commento*, I, 443; Vidal, *Cours de droit crim.*, n. 272; etc.

2) Thomaz Alves, *ob. cit.*, I, 313; Filinto Bastos, *Estudos*, p. 136; Rodrigues Teixeira, *Dir. penal*, p. 292; etc.

por exemplo, para actos de violencia, para delictos sexuaes. Constitue grupo especial desta ultima a profissional. O reincidente desta categoria faz da pratica de acções criminosas meio de vida, vida parasitaria, com grave perigo para a sociedade. O estudo das causas da reincidencia habitual, sobretudo profissional, revela o predominio dos factores psychologicos. São em geral epilepticos, degenerados, alcoolicos, em-fim individuos da chamada imputabilidade minorada, os que concorrem para essa alarmante criminalidade. 1).

De ha muito se envidam os maiores esforços para descobrir os meios, repressivos e preventivos, capazes de combater esse grave mal. O congresso penitenciario de Stockolmo, em 1878, discutiu por extenso o assumpto, concluindo com a seguinte resolução : — “Le Congrès est d’avis que les moyens de combattre efficacement les récidives sont : un systeme pénitentiaire moralisateur, ayant pour complément la liberation conditionnelle et l’emploi moins fréquent des peines de courte durée contre les delinquants d’habitude. Il pense aussi, á ce sujet, que, si, dans les législations des divers pays, on indiquait d’une maniere assez précise l’aggravation des pénalités á encourir, en cas de récidive, les rechutes pourraient devenir moins frequentes. Le Congrès considere d’ailleurs les institutions qui sont reconnues comme le complement du régime penitentiaire, telles que les sociétés de patronage, les maisons de travail, les colonies agricoles ou autres moyenes de secours, comme pouvant efficacement concourir au but indiqué”.

Em suas reuniões de Bruxellas (1889), Berna (1890), Christiania (1891), Paris (1893) e Antuerpia (1894), examinou a U. I. de Direito Penal com o mais vivo interesse esse importante problema. E na de Hamburgo (1905) se reconheceu a necessidade de reprimir a reincidencia, tomando-se por base, não a infracção commettida, mas o perigo social offerecido pelo delinquente. De accordo com esse criterio, propugnam os criminalistas a adopção de medidas especiaes,

1) v. Hamel, *Inleiding*, p. 623.

destinadas á repressão da reincidencia habitual ou profissional.

Algumas dessas medidas já figuram em varias legislações e projectos de refórma. Diversos Estados da União norte-americana e dominios britannicos sujeitam o delinquente habitual, depois de certo numero de reincidencias, á reclusão perpetua. O codigo norueguês (§ 65) estabelece a permanencia do reincidente ou habitual, após o cumprimento da pena, na prisão, por um periodo não excedente de quinze annos. A lei inglesa (*Prevention of crime act* de 1908) autoriza a detenção supplementar do habitual por cinco a dez annos. ¹⁾.

Segundo a lei francesa de 1885, os reincidentes, após certo numero de condemnações, são relegados para colonias ou possessões, perpetuamente ou por tempo indeterminado. O codigo peruano segue systema semelhante, prescrevendo, no artigo 113, que certos reincidentes “serán relegados en una colonia penal por tiempo relativamente indeterminado no menor que el máximo correspondiente al delito, ni mayor que la mitad sobre éste”. Tambem o argentino, em certos casos de plurireincidencia, impõe a reclusão em territorio do sul da Republica, por tempo indeterminado e como accessoria da ultima condemnação (artigos 51 e 52). Varios projectos (como o suiso, o sueco, o checo-eslovaco) mandam internar os reincidentes e habituaes em estabelecimentos especiaes, por tempo indeterminado. ²⁾.

Estes ligeiros dados indicam muito ao claro a orientação moderna a respeito da reincidencia. Conserva esta, quando simples, a sua efficacia aggravativa ; mas, trans-

1) Sobre as instituições inglesas a respeito : Foltin, *Die chronisch erhoeht Gefaehrlichen*, Vienna, 1927.

2) O projecto brasileiro (Sá Pereira) estabelece a relegação por tempo relativamente indeterminado, que não poderá, entretanto, exeder á metade do maximo generico da pena applicavel (art. 88). E sujeito á relegação o criminoso reincidente ou habitual (artigo 85). Essa pena deverá ser cumprida em colonias penaes installadas em ilhas ou lugares afastados das cidades e povoações (artigo 89). O artigo 91 regula o regime de trabalho.

formando-se em habitual, constitue uma qualidade do delinquente, que exige tratamento especial. ¹⁾.

1) Acêrca da reincidencia em nossa literatura devem ser consultados: Filinto Bastos, **ob. cit.**, p. 87 e seguintes; A. Russell, na **Rev. de direito**, XV, 241 e seguintes; Candido Motta, **O conceito da recidiva segundo o artigo 40 do código penal** na **Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo**, XII, 189. Uma critica esmagadora sobre o que elle denomina a reincidencia brasileira nos offerece Gervasio Fioravante na dissertação inserta na **Revista Academica**, da faculdade de Direito de Recife, anno XVI (1908), p. 3 e seguintes. A bibliographia estrangeira sobre o assumpto é riquissima.

Art. 41 — Tambem se julgarão aggravados os crimes :

Paragrapho 1.º — Quando, além do mal do crime, resultar outro ao offendido ou a pessoa de sua familia ;

Paragrapho 2.º — Quando a dôr physica fôr aumentada por actos de crueldade ;

Paragrapho 3.º — Quando o mal do crime fôr aumentado, ou por circumstancia extraordinaria de ignominia, ou pela natureza irreparavel do damno.

I — As disposições do artigo supra, transcriptas, com algumas modificações, do codigo anterior, foram hauridas nos ensinamentos de Bentham. Affirmava este celebre philosopho que o mal produzido pelo delictó era maior, quando d'elle resultava um outro, consequencial, que recahia sobre o mesmo individuo ou sobre terceiro. E punha exemplo : — se, em virtude de uma prisão ou de uma lesão a victima perdia um lugar (emprego), um casamento, um negocio lucrativo ; se, em virtude da acção criminosa, a mulher ou os filhos do offendido vinham a ficar privados dos recursos necessarios.

Asseverava além disso que varias circumstancias particulares podiam aggravar o alludido mal. E apontava como principaes o aumento extraordinario da dôr physica, o do opprobrio e o damno irreparavel.

O legislador de 1830 transportou para o seu codigo, quasi literalmente, a lição do famoso publicista inglês. Com ella não se conformaram, pelo menos no todo, os mais autorizados dos nossos criminalistas. Mendes da Cunha, Thomaz Alves, Carlos Perdigão e outros formularam censuras e reservas á doutrina consagrada nos diversos paragraphos do artigo 17. Sem embargo dessas respeitaveis opiniões, a refôrma de 1890 reeditou o citado artigo, supprimindo apenas o ultimo paragrapho.

Os projectos de novo código (sem contar o do desembargador Sá Pereira) não tiveram coragem de romper com esses precedentes.

II. — Examinemos a hypothese prevista no paragrapho 1.º. Já vimos como o inspirador da doutrina sancionada pela nossa lei penal a entendia e explicava : qualquer mal que resultasse do delicto, além do que lhe era proprio, constituia “une addition á la masse du mal primitif”. 1). Esse accrescimo, esse “plus”, justificava a exacerbação da pena.

O principio, geral e illimitado, de que as consequencias, mediatas e secundarias, de um delicto devem ser motivo constante de aggravação da pena nos parece absurdo. Aggravar a responsabilidade do delinquente por consequencias não abrangidas pela sua vontade, imprevisas e quiçá imprevisíveis, é revoltante iniquidade.

Restringiu o legislador patrio, em certo sentido (relativamente aos terceiros) a doutrina de Bentham 2) ; mas nem assim a tornou menos repulsiva. Com toda razão os nossos tribunaes sempre ligaram sómencs importancia a essa aggravante, que póde ser denominada do mal consequencial. Das legislações alienigenas, uma tão só, de segunda plana — a portuguesa — achou merecedor de imitação o exemplo fornecido pela nossa.

III. — Passemos ao paragrapho 2.º. E' tambem aggravante aumentar com actos de crueldade, a dôr physica produzida pelo delicto. Ficou excluida a dôr moral ; pois della o texto não cogita.

A aggravante tem como elementos componentes :

- a) a dôr physica causada por um delicto ;
- b) o aumento dessa dôr ;
- c) o emprego, para esse fim, de actos de crueldade,

1) Bentham, *Oeuvres*, I, 123.

2) Salomon Reinach, *Lettres a Zoé*, III, p. 7 : — “...il n' y avait, dans cet esprit aimable, aucune profondeur ; il n'a vraiment pensé, écrit et vecu que sur les confins de la philosophie”.

A sua essência se acha no aumento, desnecessario, da dôr peculiar ao delicto. A razão do effeito aggravativo que se lhe attribue está na maior perversidade demonstrada pelo delinquente. 1). Deve este ter consciencia da desnecessidade do alludido aumento e tambem da indole cruel dos actos postos em pratica. A legislação espanhola, antiga e hodierna, assignala com nitidez estes dois requisitos, quando, definindo a aggravante, appellidada pela praxe de *enseñamiento*, diz: — “aumentar deliberadamente el daño de la infracción causando males innecesarios para su ejecución”. A portuguesa frisa igualmente a desnecessidade dos actos de crueldade (Codigo penal, artigo 34, 23).

Se, em bôa fé, acredita o delinquente serem taes actos indispensaveis á realização do delicto, não existe a aggravante. Na phrase de insigne commentador do antigo codigo espanhol — “en tal caso no son males de lujo, son los males del delito mismo”.

A crueldade, só por só, nem sempre é signal seguro de maior gráu de perversidade. Ella, ás vezes, é filha da fraqueza; outras vezes de uma perturbação, mais ou menos violenta, do espirito. O que lhe imprime o character de aggravante — repetimos — é o excesso desnecessario e consciente.

Varios systemas juridicos consideram como qualificado, ou especialmente aggravado, o homicidio commetti-

1) Em seus commentarios ao antigo codigo espanhol, escreveu Pacheco: — “Se propone uno matar á otro, i en vez de darle desde luego una puñalada que le acabe, comienza por mutilarlo, por atormentarlo, por hacerle sentir la venida de la muerte. Se propone uno robar á otro, i después que le ha sorprendido en su casa, no contento con cerrarle (lo cual poderia ser necesario para su obra), le agarrota los brazos, le pone una mordaza, le apalea en fin, lo cual es puro lujo de males, en ocasión en que se encuentran. Aquel homicidio, este robo, llevan consigo circunstancias agravantes, según este numero de la lei. La razón de tal precepto es notoria e incontrastable. Encontramos en el caso que nos ocupa más perversidad por parte del delincuente, más daño causado al ofendido, más alarma para la sociedad entera, que si se hubiese realizado pura i simplemente el delito, sin esa exuberancia de males. Todos los motivos, pues, por donde puede agravarse la responsabilidad, todos concurren en este hecho. La agravación está justificada”.

do com crueldade. O código francês (artigo 303) falla em “tortures” e “actes de barbarie”. O italiano (366,3) em “gravi sevizie”. O peruano em “gran crueldad” (artigo 152). Os projectos suíços empregam a phrase “avec une cruauté particuliere”. A maneira cruel de executar o homicidio — observa v. Liszt — não serve de criterio para a qualificação ou aggravação desse crime. Não raro — argumentaolle — a “enormité del fatto” está em razão inversa da imputabilidade do agente). 1).

Em nosso código, a aggravante do paragrapho óra commentado é qualificadora do homicidio (artigo 294, § 1.º). Cumpre, porém, não perder de vista o seu verdadeiro significado.

Actos de crueldade praticados após o crime não dão lugar á aggravante.

As legislações que usam dos vocabulos “damno” ou “mal” do delicto formam dessa circumstancia um conceito muito mais amplo do que a nossa. A palavra “dôr” o restringe bastante.

IV. — No derradeiro paragrapho deste artigo se declara aggravante o aumento do mal do crime por circumstancias extraordinarias de ignorancia ou pela natureza irreparavel do damno.

Que se deve entender por ignominia ?

Quando devemos reputar-a extraordinaria ?

A palavra ignominia indica, como explicam os dictionaristas, deshonor, affronta publica, opprobrio, vergonha, infamia. Extraordinaria é aquella que excede os effeitos communs ou naturaes do delicto. Quem viola uma mulher, a deshonor ; mas, se o faz, por exemplo, deante de diversas pessoas, aumenta o mal do crime com o vexame, a ignominia a que a sujeita. O crime é aggravado por esta circumstancia.

Outros codigos (como o espanhol, 1928, artigo 66,7 ; o portuguez, artigo 34, 32 ; o mexicano, 1929, artigo 63, III ; etc.) inserem, no catalogo das aggravantes, a mesma

1) *Vergleichende Darstellung*, p. esp. V, 68 e 87.

circunstancia ; mas, na generalidade, sua applicação raramente se dá. ¹⁾ Muito bem pondera Groizard : — “Esta agravante se aprecia más propriamente en los delitos contra la honestidad y contra el honor. En los otros delitos es ya más difícil que concurra”. ²⁾ |

A irreparabilidade do damno — circumstancia objecto de paragrapho distincto, no código antigo — deve ser estranha á essencia do delicto. E’ um mal de segunda ordem, segundo a teoria do jurisconsulto a quem o legislador brasileiro foi pedir inspirações. Em nossa jurisprudencia, se decidiu que occorria esta circumstancia no crime de estupro (artigo 268), sendo a victima mulher virgem. ³⁾

Esmeraldino Bandeira estabelece a seguinte regra a proposito da applicação desta circumstancia : — “Toda vez que o mal ou o damno da infracção penal não fôr irreparavel por sua natureza, mas venha assim tornar-se por um addicional de criminalidade decorrente ou da qualidade do offendido, ou de circumstancias não peculiares á essencia do facto, ou de modo particular de sua execução — pôde-se então arguir em qualquer dessas hypotheses a discutida aggravante — da natureza irreparavel do damno causado com o delicto. ⁴⁾

Apesar da critica feita a esta aggravante por antigos escriptores (Mendes da Cunha, Thomaz Alves, Carlos Perdigão) ; apesar de não a encontrarmos em outras legislações, nem sequer no código português, os projectos João Vieira, da Camara dos deputados e Galdino inda a conservam. Não ha como desculpá-los.

1) Viada, **Código penal reformado**, I, p. 299 : — “... en nuestra ya larga pratica de más de veinte años no hemos visto ni una sola vez aplicada (a circumstancia da ignominia)”.

2) **Código penal de 1870 commentado**, I, p. 415.

3) **Rev. de Jurisprudencia**, IV, 58 ; **O Direito**, LXXII, 426.

4) **Direito penal militar**, p. 513.

Art. 42. — São circunstancias attenuantes :

Paragrapho 1.º — Não ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar.

I. — Enumeram-se neste artigo as circunstancias attenuantes em geral. São ellas as mesmas do codigo de 1830, com o accrescentamento de duas ou tres mais.

Comparada a nomenclatura de nosso codigo com a de outros de identico systema, verifica-se que nestes as attenuantes são em maior quantidade. Em alguns o numero se torna até illimitado, pela inclusão de uma *clausula generalis*. O uruguayano, por exemplo, dispõe : — “I ultimamente, cualquiera otra circunstancia de igual caracter i analoga a las anteriores” (Artigo 18, 11 ª).

Das attenuantes que se encontram em outros codigos, e não mencionadas pelo nosso, citaremos, a titulo de curiosidade, as seguintes, tomadas do espanhol : — “obrar por motivos morales o estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebató momentáneo, o estado de obcecación”; “haber procedido espontanea o inmediatamente, a dar satisfacción adecuada al ofendido, a disminuir los resultados de la infracción e a reparar la lesión o el daño, siquiera en parte, con propio sacrificio personal o económico, todo ello, antes de dar principio al procedimiento”; “obrar el agente impulsionado por el hambre, la miseria o la dificultad notoria de ganarse el sustento necesario para el o para los suyos”. E mais estas, que se nos deparam no mexicano : — “hallarse al delinquir en estado de ceguedad y arrebató, producido por hechos del ofendido contra una persona ligada con el delincuente por un gran afecto ilícito, si este no es un agravio para el mismo ofendido”; “presentarse espontáneamente a la autoridad para ser juzgado”; “confesar circunstanciadamente su delito el delincuente que no fué aprehendido infraganti, si lo hace antes de quedar convicto por la instrucción”; “ser el delincuente tan ignorante o supersticioso, que en el acto de cometer el delito

no haya tenido el discernimiento necesario para conocer toda la gravedad de aquél”.

Nos projectos italianos encontramos algunas atenuantes dignas de ser lembradas. No de Ferri (com o nome de circunstancias indicativas de menor periculosidade) apparecem : — “l’aver agito per motivi scusabili o d’interesse pubblico” ; “l’aver agito per suggestione di una folla in tumulto” ; e no de Rocco : — “l’aver cagionato un danno o un pericolo di danno patrimoniale di speciale tenuità” ; “l’aver confessato pienamente il delitto e rivelato i colpevoli (!) avanti la scoperta dell’uno o degli altri, ovvero avanti il primo interrogatorio del giudice, se la confessione e la rivelazione siano determinate di sincero ravvedimento”.

O projecto brasileiro (Sá Pereira) contém uma estirada lista dessas circunstancias Assim, o artigo 130 manda diminuir a pena :

I. — quando o crime se originar de sentimentos bons ¹⁾ ;

II. — quando illibada ²⁾ a vida anterior do delinquente ;

III. — quando crise moral profunda ou, sem culpa sua, situação angustiosa o empolgava ³⁾ ;

IV. — quando cedeu á piedade, provocada por situação irremediavel de soffrimento em que estivesse a victima, e ás suas supplicas ;

V. — quando, sem culpa, accidentalmente ⁴⁾, se embriagou ;

1) O projecto suisso falla em “mobile honorable”. O italiano (Rocco) em “motivi di particolare valore morale o sociale”. O peruano em “motivos excusables o de interés publico” ou “impulso de un sentimiento altruista”. O cubano (Ortiz) em “movel socialmente honorable o de interés publico” “ou ideal altruista ferventemente sentido”. A formula do projecto brasileiro é simples e expressiva.

2) Com franqueza, não nos agrada o qualificativo. Como o “exemplar” do codigo vigente, elle exige demais. Singela e clara, por exemplo, a redacção do projecto peruano : — “la conducta honesta del agente anterior al delitto”.

3) O projecto suisso exprime o mesmo pensamento com a seguinte phrase : — “dans une detresse profonde”.

4) O adverbio é pleonastico.

VI. — quando dominado pela colera ou desvairado pela dor, produzidas por injusta provocação, ou immerecida offensa ¹⁾;

VII. — quando, da juventude ou velhice, se puder legitimamente ²⁾ concluir que é incompleta a sua formação moral, ou que a idade a desintégra ;

VIII. — quando sob a influencia da multidão em tumulto ³⁾;

IX. — quando sinceramente acreditava estar praticando acto licito ;

X. — quando sob o temor de grave ameaça ;

XI. — quando sob pressão da obediencia natural ou da dependencia ;

XII. — quando reparou o damno material causado pelo crime, ou se esforçou por fazel-o, na medida de suas posses ;

XIII. — quando, pelo mesmo crime, ja cumpriu no estrangeiro pena que, por differente, se não possa imputar na que lhe fôr imposta (artigo 7) ;

XIV. — quando, ignorada a autoria, por impulso de arrependimento, se apresenta á Justiça e confessa o crime ;

XV. — quando o prazo da prescripção está por expirar ⁴⁾ e, no seu curso, manteve o delinquente conducta irreprehensivel ⁵⁾ ;

1) O projecto suisso assim se exprime : — “lorsqu’ il (le coupable) aura été entraîné au délit par la colere ou par un douleur violent, produites par une provocation injuste ou une offense immerité”. A traducção deixa muito a desejar.

2) E’ difficil explicar a necessidade deste “legitimamente”. A phrase “formação moral” pecca por imprecisão e falta de clareza.

3) Razoavel e necessaria nos parece a restricção do projecto cubano : — “no siendo el delincuente provocador del hecho ni del tumulto”. O projecto Rocco faz esta outra : — “quando non si tratti di riunioni o assembramenti vietati dalla legge o dall’ autorità”.

4) O projecto suisso diz : — “lorsqu’ un temps relativement long s’ est écoulé depuis le délit...”. Quando o prazo prescripcional está por expirar? Acertado se nos figura fixar melhor o espaço de tempo, dizendo, por exemplo, como o codigo argentino revogado — metade do periodo exigido para a prescripção.

5) Menos rigoroso, o projecto suisso impõe apenas bom comportamento durante esse tempo. Para a attenuante, que vem da idade

XVI. — quando, resistindo á execução de ordens illegaes, excedeu os limites da legitima defesa, e pelo excesso responder (artigo 45, § 2º);

XVII. — quando, na Parte Especial, se mandar attenuar a pena”.

Mostra esta rapida digressão pelos dominios da legislação comparada a abundancia e variedade das circumstancias attenuantes. Estulta pretensão a de reduzi-las a alguns pares, a um *numerus clausulus*.

II. O codigo de 1830 conceituava o dolo (má fé) como o conhecimento do mal e a intenção de o praticar. Se esse conhecimento não era pleno; se a intenção não era directa, tinha o delinquente em seu favor uma attenuante.

O paragrapho supra. fiél reproducção do texto antigo, consagra esse motivo de attenuação. O seu sentido é que, nos crimes commettidos com o chamado dolo indirecto ¹⁰⁾, a pena deve ser mais branda. Como essa especie de dolo se applica apenas em restricto numero de casos, só poucas vezes poderá a attenuante ser curialmente invocada e admittida. Ella tem cabimento nos crimes contra a integridade corporea e a vida.

Nos delictos culposos e na tentativa não póde essa attenuante ser reconhecida. Tem-se julgado ser ella incompativel com as aggravantes da premeditação, do motivo frivolo, da surpresa e da superioridade em armas ¹¹⁾. Um aresto foi além, decidindo que ella, por sua natureza, excluia quaesquer aggravantes ¹²⁾.

media, nunca se exigiu mais. O qualificativo “irreprehensivel”, como o “illibado”, foi escolhido com pouca felicidade.

10) Alimena, nos *Limiti e modificatori*, I, p. 457, induzido a erro por alguns dos nossos interpretes, escreveu:— “il codice brasiliano colloca la colpa semplicemente fra le circostanze attenuanti (art. 18, 1.º)” De accordo com o texto: Esmeraldino Bandeira. *Dir. Pen. militar*. p. 526.

11) *Revista do Supremo*, XXVI, 8; XLII, 29.

12) *Acc. do Sup. Trib. Federal*, de 20 de dezembro de 1912, na *Rev. de direito*, XXVIII, 467.

Os projectos João Vieira e da Camara dos deputados mantiveram esta attenuante, sem qualquer alteração. O do dr. Galdino deixou-a em esquecimento. 1).

1) Veja-se a critica feita pelo dr. Alfredo Pinto nos **Annaes da Camara dos deputados**, 1898, I, p. 250.

Parapho 2.º — Ter o delinquente commettido o crime para desafrontar-se de grave injuria, o seu conjuge, ascendente, descendente, irmão ou cunhado.

I. — Figurava esta attenuante no codigo da monarchia.

Vemol-a adoptada, com algumas divergencias, em varias legislações. Entre ellas se conta a portuguesa. Commentando-a, escreveu muito bem Abel do Valle : — “A attenuante justifica-se pela razão de que o legislador não podia deixar de transigir, até certo ponto, com paixões ou movimentos, que são naturaes e desculpam, em certo modo, os actos praticados por força delles. Ficar tranquillo e de animo impassivel perante uma affronta póde ser um acto de grande virtude ou de grande fraqueza ; mas os homens são homens e não póde exigir-se delles o sacrificio de grandes virtudes, como não se póde esperar o rebaixamento de grandes fraquezas em determinadas circumstancias. O legislador reconheceu que as injurias ou offensas dirigidas aos nossos mais proximos parentes podem levar-nos por natural impulso a desaffrontal-os. E, em verdade, o laço que prende intimamente os membros de uma mesma familia faz que participemos das suas alegrias e das suas tristezas, que gozemos com tudo aquillo que lhes dá honra e lustre, e sejamos desagradavel e muitas vezes penosamente affectados com o que a envergonha. Ha, pois, realmente uma grande aproximação ou paridade entre a desaffronta da propria offensa e a da offensa causada ás pessoas a quem nos achamos intimamente ligados pelos laços do sangue e do parentesco”. 1).

Exige o codigo portugês que a desaffronta seja imediata. Contenta-se o espanhol (moderno, artigo 64, 4.º) com uma “vindicación próxima”. O nosso não faz qualquer restricção. Em-quanto dura o estado de excitação ou perturbação de animo produzido pela injuria, deve reconhecer-se a attenuante.

1) Annotações, p. 157. Veja-se Filinto Bastos, Lições, p. 172.

A expressão “injúrias” deve ser tomada em sentido amplo, comprehensivo de toda offensa á honra ou bôa fama. A sua gravidade só pôde ser determinada de accordo com as circumstancias de cada caso concreto.

Não distingue o nosso código entre o parentesco legitimo e o natural. Mas a attenuante, pela razão em que se funda, tem applicação a ambas as hypotheses. A interpretação extensiva ou o emprego do processo analogico é, no caso, tratando-se de attenuação, perfeitamente admissivel. Dos affins o código só menciona o cunhado. Segundo o principio consignado no artigo 335 do Código Civil, a affinidade resultante do cunhadio não desapparece, na linha recta, com a dissolução do casamento que a originou.

II — No projecto de refórma elaborado pelo professor João Vieira não encontramos esta circumstancia. Achamol-a no da Camara dos deputados, abrangendo outros affins e tambem o tutor. No do dr. Galdino, a formula é a mesma do antigo código. A desaffronta de grave injúria deve ás vezes constituir mais do que simples attenuante. O código italiano a comprehende na eximente do impeto de justa dôr (artigo 50).

Paragrapho 3.º — Ter o delinquente commetido o crime em defesa da propria pessoa ou de seus direitos, ou em defesa das pessoas e direitos de sua familia ou de terceiro.

I. — A defesa, propria ou alheia, que se reveste das condições estabelecidas no artigo 34 (condições presumidas no caso do artigo 35, § 1.º), imprime ao acto praticado, na apparencia delictuoso, o character de legitimo. A que não tem por si algum dos requisitos necessarios constitue simples attenuante da responsabilidade do agente. Quem soffre uma aggressão que podia ser prevenida ou obstada, se a repelle, não tem o direito de invocar a justificativa da legitima defesa. Assim tambem quem reage contra a aggressão que já passou, quem emprega meios desproporcionaes á mesma, etc.

Na falta de todos ¹⁾ os alludidos requisitos, será absurdo fallar em defesa.

A doutrina consagrada no presente paragrapho não distingue entre o *nudus pretextus* e o *excessus* propriamente dito. Entretanto, desde Carpzovio, esses dois conceitos são inconfundiveis. ²⁾ A attenuação constante e obrigatoria do *excessus* (mais ainda do *pretextus*) é um erro. Póde o *excessus* ser doloso e merecer o maior rigor da pena. ³⁾

II. — Os projectos de refórma carecem de uniformidade : — o do professor João Vieira absteve-se de consignar disposição identica á do paragrapho supra ; o da Camara dos deputados preceitua que as circumstancias justificativas, quando não preenchem as condições da lei, valerão como attenuantes ; o do dr. Galdino diz simplesmente : — “ter o delinquente commetido o crime em defesa propria ou de outrem (artigo 22, 6.º). O do desembargador Sá Pereira nada dispõe a respeito do excesso como attenuante.

1) Em sentido diverso : Rodrigues Teixeira, **Direito Penal**, p. 322.

2) Levita, **Nothwehr**, 262 ; Geyer, **Nothwehr**, 172.

3) Oetker, na **Vergleichende Darstellung**, A. T., II, 189 e 326.

Parapho 4.º — Ter o delinquente commetido o crime oppondo-se á execução de ordens illegaes.

I. — A resistencia a ordens illegaes, se não forem excedidos os meios necessarios para lhes impedir a execução, constitue um direito. Póde o agente abroquelar-se com a justificativa do artigo 35, § 2.º. Havendo excesso, segundo o systema de nosso codigo, militará em favor do mesmo agente uma attenuante.

No dizer de Thomaz Alves, a mitigação da pena se explica, porque o acto é consequencia de uma causa creada pelo offendido a perversidade do delinquente se revela porisso diminuida. Esta explicação tem sido geralmente acceita e repetida. A verdade é que a attenuação da pena, no caso de excesso, obrigatoriamente, sem excepção, com difficuldade se justifica. O excesso póde ser doloso. A perversidade do agente póde não merecer condescendencia alguma.

II. — Nos dois primeiros projectos de refórma (João Vieira e da Camara dos deputados) não apparece esta attenuante. Encontramol-a, nos mesmissimos termos acima, no do dr. Galdino. O do desembargador Sá Pereira tambem reconhece essa causa de mitigação.

Não a consignam, pelo menos especificadamente, as legislações alienigenas. O codigo espanhol contém uma attenuante analoga, a qual antes não existia : — “el immediato y anterior abuso de autoridad, en los delitos contra la misma o sus agentes”.

Paragrapho 5.º — Ter precedido provocação ou aggressão da parte offendida.

I. — Reuniu o codigo neste paragrapho, dando-lhes diversa redacção, duas circumstancias que o de 1830 indicava separadamente (artigo 18, §§ 6 e 8). A disjunctiva mostra serem ellas distinctas.

A palavra “provocação” ¹⁾ deve ser entendida como significando todo e qualquer acto que, excitando o espirito da pessoa a quem é dirigido ou á qual se refere, a induz á reacção e ao delicto. O estado espirital do agente, conturbado em sua serenidade, explica a attenuação da pena.

Póde a provocação ser leve ou grave, justa ou injusta, proxima ou remota. O paragrapho supra não estabelece qualquer limitação. Deixou o legislador patrio ao prudente arbtrio dos tribunaes decidir quando a provocação se reveste das condições necessarias para constituir motivo de abrandamento da pena. Deve ella ser injusta (na razoavel opinião do delinquente) ²⁾; mas não precisa ser immediata. Em-quanto dura a excitação, o estado de animo por ella produzido, merece a pena ser mitigada : — persiste o motivo da attenuação. Certa proporcionalidade deve existir entre a provocação e o delicto. Mas a importancia ou gravidade da primeira se aprecia subjectivamente.

Pela sua natureza pessoal, esta attenuante só favorece aquelles em relação aos quaes se verifica.

A provocação partida de um terceiro, embóra este se ache ligado, por parentesco ou outra causa, ao offendido, não dá lugar á attenuação. Perspicuo é o texto. ³⁾.

O codigo italiano considera a provocação injusta, que determina impeto de ira ou intensa dôr, como causa ge-

1) Acêrca da provocação, em legislação comparada, consulte-se Alimena, **I limiti e modificatori**, III, 351. Adde: Loeffler, **Vergleichende Darstellung**, B. T., V. 353.

2) Carrara, **Programma**, p. g., § 331.

3) O codigo antigo, com maior elasticidade, assim se exprimia : — “ter sido provocado o delinquente”.

ral de diminuição da imputabilidade.; e abaixa, mais ou menos, a pena, conforme a maior ou menor gravidade da mesma provocação. O espanhol exige, para que esta seja atenuante, precedencia immediata. Esse exemplo foi seguido por diversas legislações. A uruguaia e a chilena accrescentam a clausula : — “proporcionada al delito”.

II. — Como a provocação, a aggressão por parte do offendido colloca muitas vezes o delinquente em estado de perturbação e arrebatamento. O crime praticado em semelhante situação não merece por certo ser reprimido com tanto rigor como o que o individuo commette de sua espontanea vontade, por pura malvadez. O caracter do agente se mostra de perversidade nulla ou reduzida.

O que distingue a aggressão, elemento componente desta atenuante, da aggressão, requisito essencial da defesa, propria ou alheia, é a actualidade. Entre aquella e o delicto, attenuado, póde interpôr-se um espaço de tempo mais ou menos longo. 1).

E' licito invocar a atenuante deste paragrapho, se a provocação ou a aggressão só indirectamente tocar ao delinquente ?

Creemos que sim ; pois tambem nessa hypothese póde occorrer a excitação de animo que serve de fundamento á attenuação da pena. A interpretação extensiva ou a analogica são aqui perfeitamente cabiveis.

III. — Vejamos em-fim como os projectos de refórma formulam esta atenuante. O do professor João Vieira foi inspirar-se no codigo italiano e diz : — “ter o réu com mettido o facto no impeto de ira causado por injusta e grave provocação (artigo 34). O da Camara dos deputados falla tambem em ameaças : — “haver precedido provocação, ameaça ou aggressão por parte do offendido” (34, 7). O do dr. Galdino voltou ao codigo da monarchia. O do desembargador Sá Pereira traduz a disposição correspondente do projecto suiso — “quando dominado (o delinquente) pela

1) Galdino Siqueira, **Direito Penal**, I, 555.

colera ou desvairado pela dôr, produzidas por injusta provocação, ou immerecida offensa” (artigo 130, VI). Nenhuma dessas fórmulas podemos considerar como perfeita. 1).

1) O projecto Ferri enumera como circumstancia indicativa de menor periculosidade : — “l’ avere agito in istato di passione scusabile o di emozione per intenso dolore o timore o per impeto d’ira da altri ingiustamente provocata”. O de Rocco considera attenuante commum : — “l’ aver reagito in stato di ira, determinata da un fatto ingiusto altrui, o l’ aver commesso il reato in stato di intensa emozione, determinata da grave sventura”.

Paragrapho 6.º — Ter o delinquente commettido o crime para evitar mal maior.

O caso praticado em estado de necessidade, se correrem as condições fixadas no paragrapho 1.º do artigo 32, não constitue crime. Póde acontecer, todavia, que falhe alguma dessas condições. ¹⁾ Não escapará o delinquente á sanção da pena ; mas esta deverá ser mitigada. A attenuação se explica pela consideração de que, procurando evitar um mal maior, obedece o delinquente ao instincto natural da propria conservação : — *omnis natura vult esse conservatrix sui*. O facto não denuncia character perverso ou perigoso por parte do agente. ²⁾

Referiu-se o legislador unicamente ao mal maior. Tem o paragrapho o mesmo defeito que notamos ao commentar o paragrapho 1.º do artigo 32.

Não poucos codigos se occupam com o excesso no estado de necessidade. Uns o apreciam como simples attenuante (espanhol, 64, 1.ª ; italiano, artigo 50 ; peruano, 90 ; etc.) ; outros lhe attribuem tambem, conforme as circumstancias, efficacia eximente (japonês, § 37 ; projecto allemão, 1927, §§ 24 e 25 ; etc.). O codigo argentino pune o excesso como culpa ou imprudencia.

Os nossos projectos de reforma assim regulam o caso : — os do professor João Vieira e da Camara dos deputados mandam applicar a pena da cumplicidade (artigos 27 e 29, respectivamente). O do dr. Galdino considera o excesso como attenuante. O do desembargador Sá Pereira é omissa a respeito.

1) C. Calón, **Derecho Penal**, p. 330 : — “mas tengase presente que nunca puede faltar el (requisito) de la gravedad del mal que amenaza pues este es el que origina el estado de necesidad”. **Mutatis Mutandis**, a observação se applica ao nosso codigo.

2) A proposito deste motivo de attenuação escreveu Bentham (segundo a traducção de Dumont) : — “... le délit n’a pas eu sa source originaire dans la volonté du délinquant. La cause premiere, c’est un acte d’autrui, une volonté étrangere ou quelque accident physique. A part cet événement, il n’eut pas songé á devenir coupable, il serait demeuré innocent jusq’ a la fin de sa vie, comme il l’avait été jusq’alors ; et même, ne fut-il point puni, sa conduite future serait aussi bonne que s’il n’eut pas commis le délit en question”. (**Oeuvres**, I, 129).

Paragrapho 7.º — Ter o delinquente commetido o crime impellido por ameaças ou constrangimento physico vencivel.

Commentando o antigo codigo de sua patria, escreveu o juriconsulto portuguez Levy Jordão : — “Se o individuo cedeu a simples ameaças, ao receio de um mal de pouca importancia, se obedeceu a uma força que não era irresistivel, obrou com uma especie de vontade, a coacção não foi absoluta, mas condicional, deve porisso ser responsavel ; mas a lei, attendendo a que a vontade não foi inteiramente livre, diminue a pena, considerando essa circumstancia como atenuante”. 1). Está claro que uma ameaça futil, um leve constrangimento não legitimam a attenuação. Aos juizes cabe apreciar o valor das ameaças ou do constrangimento physico.

O traço que distingue a escusativa do paragrapho 5.º do artigo 27 da attenuante do paragrapho supra é : — quanto ás ameaças, serem estas acompanhadas de perigo actual, no primeiro caso, e não, no segundo ; quanto ao constrangimento physico, ser este, respectivamente, invencivel ou não.

1) **Commentario**, I, p. 69.

Parapho 8.º — Ter o delinquente commetido o crime em obediencia a ordem de superior hierarchico.

A attenuante mencionada neste parapho foi mutuada do codigo portugês. Não existia em nosso antigo codigo.

O inferior que, obedecendo a ordem illegal de um superior, pratica uma acção criminosa; que, dando cumprimento a uma ordem legal, se excede nos actos e na fórma da execução, incorre em responsabilidade criminal. Atendendo, porém, á relação de dependencia, ao influxo que a determinação do superior póde ter exercido no espirito do executor, manda a lei applicar a pena attenuadamente. A obediencia, quando legalmente devida e sem exorbitancia, isenta o inferior de responsabilidade e punição, como já tivemos occasião de ver em outro ponto.

Refere-se o parapho unicamente á superioridade hierarchica. Outras legislações dão a essa attenuante conceito mais comprehensivo. Assim a austriaca determina a attenuação, quando o crime é commettido por obediencia (§ 46, c.). Com essa generalidade encontramos a attenuante acolhida em varios codigos cantonaes da Suissa (Zurich, § 60, letra c.; Grisões, § 50, 4; etc.). Com tal espirito foi redigido o n. 5 do parapho 13 (capitulo IV) do projecto sueco: — “que commetta o delicto por ordem ou inducção da pessôa sob cuja autoridade esteja”.

Os projectos brasileiros assim dispõem a respeito do assumpto: — os dois primeiros (João Vieira e Camara dos deputados) repetiram o codigo vigente; o do dr. Galdino formulou a attenuante nos seguintes termos: — “ter o delinquente commettido o crime no exercicio de função legal ou em execução de ordem de autoridade competente em obediencia a esta devida” (artigo 22, § 9.º). O do desembargador Sá Pereira formulou amplamente a circumstancia, declarando que a pena será diminuida “quando (o crime fôr praticado) sob a pressão da obediencia natural ou da dependencia”.

A nosso ver, é erroneo considerar o excesso, neste caso como em outros, motivo constante de attenuação.

Paragrapho 9.º — Ter o delinquente exemplar comportamento anterior, ou ter prestado bons serviços á sociedade.

I. — O código penal português enumerava como circumstancias attenuantes o bom comportamento anterior e a prestação de serviços relevantes á sociedade. O legislador brasileiro, ao reformar o código de 1830, adoptou essas duas attenuantes, reunindo-as em um só paragrapho. Sem razão plausivel, porém, substituiu o qualificativo “bom” por “exemplar”.

Se é duvidoso que os romanos tenham attendido, na punição dos delictos, á vida anterior dos réus, como circumstancia attenuadora da pena, o mesmo não acontece com a praxe da idade media. Os juristas italianos — Gandino, Farinacio e outros — apresentam a *vita anteacta*, o bom procedimento do delinquente, como *causa mitigans*.

As legislações modernas, que especificam as attenuantes, mutuaram-nas quasi todas, desses escriptores. Algumas dessas legislações mencionam o bom procedimento anterior do delinquente. Variam as fórmulas; mas o pensamento é o mesmo. A austriaca diz : — “quando elle (o autor) tiver tido antes do crime procedimento irreprehensivel” (§ 46, 6). Assim tambem se expressam a do cantão dos Grisons (§ 50, 7) e a do cantão de Tessino (53, 1). Em “*vita anteriore del colpevole irreprensibili*” fallava o projecto Mancini (artigo 91, 4.º). O código uruguayo considera attenuante (artigo 18, 7.ª) : — “si el delincuente ha tenido anteriormente buena conducta”. O mexicano, ha poucos meses em execução, assim conceitua a mesma circumstancia : — “haber tenido anteriormente el acusado habitos de moralidad personal, familiar y social, comprobados con hechos positivos” (artigo 59, 1).

Nenhuma das legislações que conhecemos exige comportamento exemplar.

Duas correntes se têm formado, em nosso país, a respeito da intelligencia da phrase empregada pelo legislador : — uma,

a mais rigorosa, entende que a lei faz allusão a um modo de vida fóra do commum, de correcção excepcionalmente modelar ; outra, a mais benigna, pensa que exemplar se deve reputar o proceder do individuo que cumpre honestamente os seus deveres, cuja existencia não regista antecedentes delictuosos.

A primeira interpretação é puramente literal. A segunda attende ao motivo que explica a attenuação, á *ratio legis*. O Supremo Tribunal Federal esposa a exegése mais rigorosa. Elle exige, para o reconhecimento da attenuante, a especificação e prova de actos que demonstrem um comportamento extraordinario. 1). Esta jurisprudencia não tem sido observada por varios tribunaes. A Côrte de Appellação do Rio de Janeiro, por exemplo, reconhece a attenuante em favor do delinquente que simplesmente não tenha precedentes judiciais. 2).

Nesta divergencia, estamos com os que preferem a solução mais branda. 3). Embora o legislador patrio haja trocado o adjectivo “bom” por outro, “exemplar”, a verdade, segundo se nos afigura, é que com isso não pretendeu elle dar á attenuante conteúdo diverso do que antes ella sempre possuiu. Nada pedia essa mudança. E isso o proprio legislador implicitamente confessou, contentando-se, no Codigo Penal da armada, com “bons precedentes militares”.

1) Accordam n. 817, de 19 de maio de 1920 (*Diario Official*, de 4 de agosto de 1920); — “Não é attenuante o bom comportamento anterior, mas o exemplar”. Nos accordams de 2 de dezembro de 1918 e 28 de maio de 1919, decidiu o Supremo Tribunal: — “A attenuante do artigo 42, § 9 não se considera provada, quando as testemunhas deixam de individuar factos que atestem inequivocamente o character exemplar do procedimento anterior do réu”. Veja-se o accordam de 14 de dezembro de 1928 (*Revista de jurisprudencia brasileira*, vol. II, 429), onde é manifesto o pendor para uma benevola applicação da attenuante. Galdino Siqueira, Esmeraldino Bandeira e outros se pronunciam favoravelmente á interpretação *ad litteram*.

2) São innumerous os arestos neste sentido: *Revista do Supremo*, LXIX, 357; LXXVI, 769; etc.

3) De accôrdo comnosco: Astolpho Resende, *Revista de direito e processo penal*, I, 224; Adherbal de Carvalho, *Prelecções*, 130.

Sempre se reputou causa mitigadora da responsabilidade criminal o bom comportamento anterior do accusado. E jamais se pretendeu que esse comportamento fosse excepcional — o de um santo ou de um heróe. A razão que justifica o abrandamento do castigo está no character do delinquente, testemunhado pela sua vida passada. Basta não denuncie esta uma indole corrupta e perversa, para ter inteiro cabimento a attenuação da pena. O crime, em quem nunca infringiu as leis penaes, se apresenta como simples episodio, e como tal deve ser tratado, em-quanto o contrario se não demonstrar.

Advirta-se ainda que *in subjecta materia* mais se recommenda a interpretação ampla e benigna do que a estricta e rigorosa. Varios systemas juridicos, como já vimos, se servem do qualificativo “irreprehensivel”. Em parte alguma, que nos conste, se toma esse termo em sua maior rigidez. ¹⁾

Dos projectos de refórma elaborados para o nosso país, o do professor João Vieira (pouco esmerado na linguagem) conservou a palavra “exemplar”, o que foi objecto de merecida censura ²⁾; o da Camara dos deputados não exige mais do que “bom procedimento anterior”. Assim tambem o do dr. Galdino Siqueira. “Illibada” quer o do desembargador Sá Pereira que seja a vida anterior do delinquente. ³⁾

II. — Bons serviços prestados á sociedade constituem, tambem, perante a nossa lei, *causa mitigans* da pena. Figurava esta attenuante na extensa série de circumstancias

1) Finger, em seu **Compendio de direito penal austriaco**, I, p. 306, escreve : — “A praxe se habituou a reconhecer esta attenuante, quando não exista uma condemnação judicial. Assim comprehendida, torna-se facil responder **in concreto** se essa circumstancia se verifica”. Para esse criminalista, nem toda e qualquer condemnação exclue o procedimento irreprehensivel. Realmente, até um santo póde commetter um crime culposos (s. estricto). Leia-se tambem Robustiano Vera, **Cod. Pen. de Chile**, 115.

2) João Monteiro, **Parecer da Faculdade de Direito de S. Paulo**, p. 27.

3) Contra a attenuante do bom comportamento anterior : Fuensalida, **Concordancias e comentarios**, I, p. 90.

dessa especie organizada pelos antigos escriptores. Em nosso tempo, é a portuguesa a unica legislação em que a encontramos. Assim a justifica Abel do Valle : — “Nesta attenuante ha como que uma especie de compensação, ou vae nella envolvido um sentimento de gratidão, que manda esquecer, em parte, o mal que se faz pelo bem que se praticou”. 1).

A determinação do que sejam bons serviços (o codigo portugûes falla em relevantes) fica ao criterio dos tribunaes.

Pondera Filinto Bastos que não deve ser sufficiente para attenuar o crime a prestação de bons serviços, se o delinquente não tiver irreprehensivel procedimento. Os alludidos serviços — diz o illustre criminalista — não excluem a baizeza de character, a abjecção de sentimentos, a perversidade, em uma palavra, do delinquente. 2). Procede a observação ; mas a disjunctiva que separa a primeira da segunda parte do paragrapho contraria a exegése suggerida. As duas attenuantes são, e sempre foram, distinctas.

1) **Anotações**, p. 138.

2) **Lições**, I, p. 175.

Parapho 10.º — Ter o delinquente commetido o crime em estado de embriaguez incompleta e não procurada como meio de o animar á perpetração do crime, não sendo acostumado a commetter crimes nesse estado.

I. — Inçado de controversias se nos apresenta o problema da embriaguez ¹⁾ no direito punitivo. Discute-se, por exemplo, se ella póde, por si só, ser objecto de acção repressiva. Questiona-se se póde ser considerada como causa dirimente da responsabilidade criminal e quando. Ainda mais, se deve ser reputada circumstancia aggravante ou attenuante dos crimes e em que condições. Sobre estes e outros pontos as divergencias são profundas e antigas.

E' a embriaguez, no seu aspecto moral, vicio degradante e de todo reprovavel. Mas isso não basta para se lhe imprimir o character de acção delictuosa, sujeita á sanção da pena. Preciso se faz que a mesma offenda ou ponha em perigo bens juridicos alheios — dos individuos ou da collectividade — para então intervir o Estado, dando-lhe o character de facto punivel. Nos debates sobre o projecto do actual codigo italiano, vozes autorizadas se ergueram, combatendo a criação da embriaguez, por si só, *ex se*, como infracção contravencional. Mas a resposta de Canonico foi convincente: — “Se se tratasse de punir sómente um vicio, se se invadissem o campo da moral, eu estaria de accôrdo; mas, no caso, cogita-se da lesão de um direito, porque se lesa a moralidade publica, o direito que assiste a todo cidadão de não ser molestado por um espectáculo repugnante. Na publicidade é que reside a essencia da contravenção; e, como se pune quem se mostra nú em publico, tambem se deve punir o embriagado que se expõe em vergonhoso espectáculo. As estatisticas demonstram que os delictos commettidos por embriagados são em maior numero que os prati-

1) Alimena, **I limiti e modificatori**, II, p. 212: — “Questo dell'ebbrezza é uno dei piú mossi e dei piu contraddittori fra i massimi problemi della penalità”.

cados por outras pessoas. E é notorio que o alcool provoca alterações, rixas e ferimentos. Este perigo é sufficiente á legitimação da pena”.

Pune o alludido codigo a embriaguez manifesta, incommoda ou repugnante, desde que não seja puramente accidental. E agrava a punição, quando o individuo se embriaga habitualmente (artigos 488 e 489). De modo mais amplo, o projecto Rocco preceitua : — “Chiunque, in luogo pubblico o aperto al pubblico, o in luogo di privato convegno, ove il pubblico possa avere accesso, é colto in stato di ubbriachezza, é punito con l’arresto fino a sei mesi o con l’ammenda da lire cento a due mille. La pena é dell’arresto da tre mesi a un anno, se la ubbriachezza sia ripugnante, ovvero abituale. Qualora la ubbriachezza sia contratta da chi abbia riportata precedentemente condanna per delitto contro la vita o la incolumità individuale, si applica l’arresto non inferiore a sei mesi” (artigo 713).

Entre as legislações dos diversos povos, encontramos não poucas incriminando a embriaguez publica, e, com especial rigor, a habitual. 1). Mas, sobretudo com relação a esta, nova orientação vae sendo adoptada. 2).

A’s penas usuaves de prisão ou multa — prisão por pouco tempo e multa quasi sempre convertida em privação da liberdade — preferem-se hoje outras medidas, nomeadamente a internação em estabelecimentos adequados, onde os ebrios e alcoolizados são submettidos a regime curativo e moralizador. Estabelecimentos desse genero, destinados ao reco-

1) Excelente resumo dessas legislações em A. Negri, **Le contravvenzioni nel cod. pen. italiano**, na **Enciclopedia**, de Pessina, X, p. 998, n. 2.

2) Vidal, **Cours de droit criminel**, p. 285 : — “Il est généralement reconnu aujourd’hui que, pour l’ivresse, comme pour le vagabondage, que l’on peut justement rapprocher, la loi pénale a fait fausse route : tous les buveurs d’habitude, impulsifs, déséquilibrés, faibles, ce n’est pas la prison ou l’amende qui peut les corriger ; il leur faut un traitement spécial dans un établissement approprié, non point asile d’aliénés, mais asile de buveurs, basé sur l’abstinence obligatoire de toute boisson, non seulement alcoolique, mais même fermentée, pendant un séjour d’une durée assez longue pour espérer une cure sérieuse”.

lhimento de ebrios habituaes, de individuos que pratiquem crimes em estado de embriaguez ou sob influxo do alcoolismo, possuem a Inglaterra, ¹⁾ a Noruega ²⁾ e a Suissa ³⁾.

Modernos codigos e projectos prescrevem a internação dos ebrios habituaes. O codigo do Perú, por exemplo, punindo como contravenção apresentar-se alguém na via publica em estado evidente de embriaguez, accrescenta: — “Si se tratare de un ebrio habitual, el juez, previo dictamen de peritos médicos sobre la circunstancia de ser alcohólico el inculpado, podrá ordenar su colocación en una casa de tratamiento y de trabajo, por no más de seis meses” (artigo 3). O projecto suisso dá ao juiz, se se tratar de ebrio habitual, a faculdade de mandar internal-o em asylo para bêbedos, em vez de impor-lhe pena.

O codigo patrio punia como contravenção, com quinze a trinta dias de prisão cellula, o embriagar-se por habito ou apresentar-se em publico em estado de embriaguez manifesta (artigo 396). Não se afastaram desse systema os projectos João Vieira e da Camara dos deputados. Mas a lei n. 4.294, de 6 de julho de 1921, seguiu outro rumo. No artigo 3.º ella impõe a internação por tres meses a um anno em estabelecimento correccional a quem “embriagar-se por habito, de tal modo que por actos inequívocos se torne nocivo ou perigoso a si proprio, a outrem, ou á ordem publica”. O projecto Sá Pereira toma identica directriz.

1) São os **Drunkards retreats**, regulados pelo **Inebriates Act** 1879. Além desses estabelecimentos, existem nesse país reformatórios particulares para ebrios (**Certified Inebriate Reformatories**) e também publicos (**State Inebriate Reformatory**). Estes são destinados aos casos mais graves. O maximo de permanencia nestes asylos é de tres annos. Veja-se sobre o assumpto o artigo de Piacentini, sob a epigraphe — **La prevenzione e la repressione del alcoolismo nei paesi Anglo-sassoni**, na **Scuola Positiva**, 1916, p. 1057. Sobre a especie de condemnação condicional applicada aos delinquentes ebrios e conhecida, entre os americanos, por **Pollardsystem**, leia-se **Polligkeit, Die Schutzaufsicht ueber Gewohnheitstrinker und verbrecherische Trinker**, na **Monatschrift**, de Aschaffenburg, 1912, 6.

2) Cuello Calón, **Penología**, p. 330.

3) **Protokoll der zw. Experten.**, Beilagenband, p. 179.

II. — A embriaguez costuma ser dividida : com relação á sua causa ou origem psychológica, em fortuita, culposa, voluntaria e preordenada ; com relação á sua frequencia, em accidental e habitual ; e, com referencia aos seus effeitos, em alegre ou de excitação, semiplena, plena e lethargica.

Dá-se a embriaguez fortuita, quando o individuo se embriaga, não por haver ingerido alcool em demasia, mas por suas condições morbosas ou por alteração ou substituição da bebida feita maliciosamente por terceiro.

E' culposa a embriaguez de quem bebe immoderadamente, até chegar a tal estado, sem prever a possibilidade ou probabilidade dessa consequencia.

Voluntaria a que o individuo consciente e livremente provoca, mas sem intenção de pôr em pratica qualquer delicto.

Preordenada a que tem por objectivo infundir coragem para a execução de um crime, suffocar os escrupulos da consciencia ou preparar uma escusa.

A culposa e a voluntaria dão lugar á habitual.

A preordenada, em derradeira analyse, não passa de uma modalidade da voluntaria.

Quanto aos effeitos juridicos dessas varias especies de embriaguez, ensinou Carrara : — “a embriaguez preordenada, qualquer que seja seu gráu, jamais escusa ; a culposa e voluntaria, se são completas, supprimem toda imputação quanto ao dolo, deixando-a subsistir, entretanto, quanto á culpa, e, se são incompletas, não produzem mais do que uma attenuação ; a fortuita nunca póde dar lugar á figura da culpa : se completa, destróe toda imputabilidade, se incompleta, deixando ao agente um conhecimento actual, fica mantida a imputação do facto como doloso, salvo a attenuação do dolo, como na incompleta culposa e voluntaria”. 1). A lição do celebre criminalista pisano tem sido a geralmente acceita. 2).

1) *Programma*, p. ger., § 344.

2) Jiménez de Asúa, *Derecho pen. moderno*, p. 677 : — “Desde que Carrara escribió, hasta nuestros dias, no ha variado esencialmente la doctrina”.

Acêrca da embriaguez preordenada, *affectata*, os escriptores, tanto italianos como allemães, se scindiram em varios grupos. Affirmam a imputabilidade por dolo Carmignani, 1) Puccioni, 2) Carrara, 3) Impallomeni 4) e muitos outros. Negam-na Pessina, 5) Brusa 6) e diversos mais.

Alimena distingue: no caso de embriaguez semiplena, o crime é doloso e até aggravado; no de embriaguez plena, o crime é doloso, se de omissão, e culposo, se de acção. Elle não acha praticamente possível a embriaguez plena preordenada. Entre os allemães, Kleinschrod, Koestlin e Katzenstein sustentam a não punibilidade do acto praticado em estado de embriaguez preordenada. A opinião *commum*, porém, é em sentido contrario. Os criminalistas de outros países pensam em geral do mesmo modo. 7).

Tem-se entendido, em nosso país, em presença do parographo 4.º do artigo 27, não ser criminalmente responsavel o individuo que commette o factio delictuoso em estado de embriaguez completa ou plena, embóra procurada. 8). Já em outro lugar, no commentario ao dispositivo citado, externamos o nosso juizo a respeito da intelligencia que ao mesmo devia ser attribuida: dissemos nessa occasião que delle não se podia inferir, com fundamentos convincentes, a impunidade da *actio libera in causa*. O crime commettido

1) *Elementa juris criminalis*, § 217.

2) *Il cod. pen. illustrato*, I, 288.

3) *Ob. cit.*, eod. loc.

4) *Istituzioni*, 294.

5) *Elementi di dir. pen.*, I, 226.

6) *Saggio di una dottrina generale del reato*, § 174.

7) Entre os franceses, em sentido opposto, Tissot, *Droit pénal*, I, 43, e Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, I, n. 219. Vidal, referindo-se a este assumpto, escreve: — “Tous les législateurs qui ont réglé les conséquences pénales de l’ivresse ont sagement compris que cette rigueur était nécessaire en pratique et ne dépassait pas les limites raisonnables d’une juste répression; ils ont tous refusé la moindre atténuation à l’auteur de l’*actio libera in causa*”.

8) Galdino Siqueira, *Direito Penal Brasileiro*, I, p. 381.

sob o dominio de embriaguez plena preordenada é acção dessa categoria. ¹⁾

III. — A' semelhança de muitas outras legislações, não se refere a nossa expressamente á embriaguez como dirimente da imputabilidade. Mas, sendo capaz de produzir a completa perturbação indicada no paragrapho 4.º do artigo 27, o que ninguem contesta, ella se enquadra perfeitamente bem no texto legal, E' questão de facto, a ser resolvida em cada caso concreto, determinar quando a embriaguez attinge o gráu sufficiente para excluir a responsabilidade. ²⁾

1) A' embriaguez posterior ao projecto de delinquir se referem varios codigos de modo expresso : norueguês (§ 45), austriaco (§ 2, c.), grego (artigo 89), etc.

2) Na sua magnifica dissertação, inserta nos **Scritti germanici**, de Mori (I, p. 123 e seguintes), acêrca da influencia da embriaguez sobre a imputação e applicação da pena, descreve Mittermaier os diversos gráus da intoxicação alcoolica. Merece vertido para a nossa lingua o seguinte lugar, relativo aos dois gráus de maior importancia criminal : — “Este gráu (o segundo) se assignala por manifestações e actos que causam sorpresa, porque não se notam naquelle individuo, quando elle está em seu perfeito juizo. Percebe-se que elle é ainda senhor de seus movimentos ; e todo o seu modo de portar-se denota que elle sabe o que faz. Não se póde, pois, fallar em imputação supprimida, mas, estando a consciencia perturbada, é justo que se attenua a pena dos crimes commettidos nesse estado. A embriaguez de supremo gráu, ao contrario, se assignala por uma tal suppressão ou confusão de consciencia que o ebrio não sabe mais o que faz : ignora as consequencias de seus actos e as relações destes com a lei. Em um individuo nestas condições, todas as imagens vagueiam na phantasia, como acontece com quem sonha ; e certas idéas, que se lhe apoderam do espirito, adquirem tal força, que não lhe permittem mais conhecer-lhes a falsidade. Na excitação de nervos, na confusão de sentidos, na irritabilidade, produzidas pela pressão que o sangue exerce sobre o cerebro, surgem desejos ferozes. Não póde a sua razão refreal-os. Então, relativamente ao delicto que o ebrio commette, desaparece a imputação, pois falta a consciencia, condição essencial della. Notaremos sómente que muitos individuos, nas suas violencias e acções criminosas, neste gráu supremo de embriaguez, mostram uma connexão, uma especie de conformidade com um plano já traçado, que fazem suppol-os no uso da intelligencia. Mas, observando-se mais exactamente os factos, se tem de reconhecer no caso completa impunidade. A's vezes uma determinada idéa lhes preoccupa a mente, como se dá com os

Como circumstancia attenuante encontramos-la no paragrapho que commentamos. Tres são os requisitos dessa attenuante :

- a) que a embriaguez seja incompleta ;
- b) que não seja procurada como meio de o animar (o delinquente) á perpetração do crime ; e,
- c) que o mesmo delinquente não esteja acostumado a commetter crimes nesse estado.

O primeiro desses requisitos não existia no codigo da monarchia. Os dois outros, sim. Bentham aconselhava : — “No caso de embriaguez, cumpre examinar bem se a intenção de commetter o delictò não existia antes, se a embriaguez não foi simulada, se não teve por fim procurar mais coragem para executar o crime. A reincidencia deveria talvez aniquilar a escusa, que se póde tirar deste meio. Aquelle que sabe que o vinho o torna perigoso não merece indulgencia pelos excessos a que póde ser arrastado”. Inspirou-se nestas palavras do jurisconsulto inglêz o antigo legislador brasileiro. ¹⁾ O de 1890 não modificou quasi nada.

O ultimo requisito repete a doutrina dos velhos criminalistas italianos : — “qui sciens se solitum in ebrietate delinquere et alios percutere ac offendere, non abstinuit se a vini immodica potatione et se inebriavit, tunc enim delinquendo punitur non minus sed poena ordinaria”.

Embóra culposa ou até habitual, a embriaguez que preencha as condições estabelecidas no paragrapho retro servirá de attenuante ao crime.

Os sectarios da escola positiva, de harmonia com os criterios basicos de sua doutrina, repellem as distincções correntes da embriaguez. Esta, para elles, deve ser apreciada conjuntamente com o character e antecedentes do réu. Na seguinte passagem resume Garofalo a sua teoria : — “A punibilidade do réu embriagado depende para nós da de-

loucos ; e o ebrio age, tendo-a como verdadeira. Outras, um desejo, morbosamente excitado, estimula tão irresistivelmente o ebrio que o acto, praticado para satisfazê-lo, se afigura obedecer a um plano. Entretanto, elle age em tal confusão que não reconhece o illicito de seu acto”.

1) Thomaz Alves, **Anotações**, I, 396.

monstração de que o delicto se deve attribuir antes ao seu character do que á excitação do vinho. Se os actos deshumanos ou improbos correspondem ás tendencias do individuo, se a embriaguez não fez mais do que determiná-las e revelá-las de modo indubitavel, póde-se muito bem reconhecer o delinquente no ebrio, pois nesse caso o vinho não passou de causa occasional, superveniente ao instincto do delicto. Se, ao inverso, a vida precedente do réu mostra claramente a incompatibilidade entre o seu character e a acção que, por effeito do vinho, commetteu, poder-se-á punir tal acção como delicto involuntario, não como delicto natural". 1). Florian considera aceitaveis as conclusões geralmente adoptadas a respeito da embriaguez casual e da preordenada. Desaprova, porém, qualquer mitigação da pena, em caso de crime praticado por ebrio, sem que se leve em conta o character pessoal do réu. Ferri, em seu projecto, só reputou indicativa de menor periculosidade a embriaguez fortuita (artigo 22, 5),

No mesmo ponto de vista dos partidarios dessa escola se collocam os escriptores que, attendendo ao perigo social que o ebrio apresenta, fazem sempre da embriaguez circumstancia aggravante. 2) 3).

1) **Criminologia**, 233.

2) A doutrina actual do direito canonico é a seguinte (can. 2201, § 3): — "Delictum in ebrietate voluntaria commissum aliqua imputabilitate non vacat, sed ea minor est quam cum idem delictum committitur ab eo qui sui plene compos sit, nisi tamen ebrietas apposite ad delictum patrandum vel excusandum quaesita sit; violata autem lege in ebrietate involuntaria, imputabilitas exsulat omnino, si ebrietas usum rationis adimat ex toto; minuitur, si ex parte tantum". Sobre a embriaguez no direito romano: Mommsen, **Dir. pen. romano** (trad. esp.), II, 486. Sobre o mesmo assumpto no antigo direito canonico: Schiappoli, na **Enciclopedia**, de Pessina, I, 754.

3) Copiosissima é a literatura juridica a respeito da embriaguez e de sua fórma chronica — o alcoolismo. Extensa bibliographia em Luis Jiménez de Asúa, **Dir. pen. mod.**, I, p. 666. Entre nós: Alcantara Machado, **A embriaguez e a responsabilidade criminal**, S. Paulo, 1894; Evaristo de Moraes, **A embriaguez, a responsabilidade individual e a reacção social**, nos **Problemas de Direito Penal e de Psychologia Criminal**, Rio, 1920.

Parapho 11.º — Ser o delinquente menor de 21 annos.

O decreto n. 17.943 A, de 12 de outubro de 1927, que consolidou as leis de assistencia e protecção a menores, dispõe no artigo 76 : — “A idade de 18 a 21 annos constitue circumstancia attenuante (Cod. Pen., art. 42, § 11).

No systema actual de nosso direito, os menores até a idade de 18 annos, que pratiquem actos qualificados pela lei como criminosos, estão sujeitos a medidas de character educativo. Só impropriamente se póde dar a esses menores o qualificativo de delinquentes.

No periodo que se estende dos 18 aos 21 annos, periodo de transição, ainda não é completo o desenvolvimento mental e moral do individuo. Tem elle a capacidade necessaria para conhecer os deveres que as leis penaes impõem. Mas não possui a força precisa para resistir ao facil dominio das paixões. E’ natural e justo que, pelas suas condições psychologicas e ethicas, não seja o individuo, nesse periodo da vida, castigado com todo o rigor da pena. Esta deve ser attenuada, como bem preceitua a lei.

Sabia providencia estabelece o artigo 77 do decreto acima citado, mandando que o menor de 21 e maior de 18 annos, quando condemnado, cumpra a pena completamente separado dos presos maiores. Quer-se com isso evitar que, no contacto com estes, o menor se perverta. E esse *desideratum* só se consegue plenamente com a criação de prisões especiaes (como, por exemplo, a de *Hanhoejersand*, em Hamburgo).

ADDITAMENTOS

DIREITO PENAL INTERNACIONAL

A Sexta Conferencia Internacional Americana, realizada em Havana (fevereiro de 1928), onde estiveram representados vinte e um Estados das duas Americas, convencionou a adopção do [chamado *Codigo Bustamante*, (no qual se achavam estabelecidos os principios reguladores do direito internacional privado americano. O congresso brasileiro approvou a convenção, sendo essa resolução sancionada pelo decreto n. 5.647, de 8 de janeiro do anno passado. Após o deposito da respectiva ratificação na secretaria da União Pan Americana, em Washington, mandou o decreto n. 18.871, de 13 de agosto do mesmo anno, que se desse inteiro cumprimento á referida convenção. A sua efficacia está limitada ás Republicas contratantes e aos demais Estados que a ella adherirem (Cod., art. 2.º).

Trata o Codigo, no livro terceiro, do direito penal internacional. E, no titulo terceiro do livro quarto, se occupa da extradição. Temos, pois, um duplo direito penal internacional. E um duplo regime em materia de extradição.

Para maior facilidade no exame e estudo das modificações introduzidas em nossa legislação, transcrevemos as duas citadas partes do mencionado Codigo, acompanhando-as do texto da lei n. 2.416, de 21 de junho de 1911.

CODIGO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

LIVRO TERCEIRO

Direito Penal Internacional

CAPITULO I

Das leis penaes

Art. 296. As leis penaes obrigam a todos os que residem no territorio, sem mais excepções do que as estabelecidas neste capitulo.

Art. 297. Estão isentos das leis penaes de cada Estado contratante os chefes de outros Estados que se encontrem no seu territorio.

Art. 298. Gozam de igual isenção os representantes diplomaticos dos Estados contratantes, em cada um dos demais, assim como os seus empregados estrangeiros, e as pessoas da familia dos primeiros, que vivam em sua companhia.

Art. 299. As leis penaes dum Estado não são, tão pouco, applicaveis aos delictos commettidos no perimetro das operações militares, quando esse Estado haja autorizado a passagem, pelo seu territorio, dum exercito de outro Estado contratante, contanto que taes delictos não tenham relação legal com o dito exercito.

Art. 300. Applica-se a mesma isenção aos delictos commettidos em aguas territoriaes ou no espaço aereo nacional, a bordo de navios ou aeronaves estrangeiros de guerra.

Art. 301. O mesmo succede com os delictos commettidos em aguas territoriaes ou espaço aereo nacional, em navios, ou aeronaves mercantes estrangeiros, se não têm relação alguma com o país e seus habitantes, nem perturbam a sua tranquillidade.

Art. 302. Quando os actos de que se componha um delicto se realizem em Estados contratantes diversos, cada Estado pode castigar o acto realizado, em seu país, se elle constitue, por si só, um factio punivel.

Em caso contrario, dar-se-á preferencia ao direito da soberania local em que o delicto se tiver consummado.

Art. 303. Se se trata de delictos connexos em territorios de mais de um Estado contratante, só ficará subordinado á lei penal de cada um o que fôr commettido no seu territorio.

Art. 304. Nenhum Estado contratante applicará ao seu territorio as leis penaes dos outros.

CAPITULO II

Os delictos commettidos em um Estado estrangeiro contratante

Art. 305. Estão sujeitos, no estrangeiro, ás leis penaes de cada Estado contratante, os que commetterem um delicto contra a segurança interna ou externa do mesmo Estado ou contra o seu credito publico, seja qual fôr a nacionalidade ou o domicilio do delinquente.

Art. 306. Todo nacional de um Estado contratante ou todo estrangeiro nelle domiciliado, que commetta em país estrangeiro um delicto contra a independencia desse Estado, fica sujeito ás suas leis penaes.

Art. 307. Tambem estarão sujeitos ás leis penaes do Estado estrangeiro em que possam ser detidos e julgados aquelles que commettam fora do territorio um delicto, como o tráfico de mulheres brancas, que esse Estado contratante se tenha obrigado a reprimir por accôrdo internacional.

CAPITULO III

Dos delictos commettidos fóra do territorio nacional

Art. 308. A pirataria, o tráfico de negros e o commercio de escravos o tráfico de mulheres brancas, a destruição ou deterioração de cabos submarinos e os demais delictos da mesma indole, contra o direito internacional, commettidos no alto mar, no ar livre e em territorios não organizados ainda em Estado, serão punidos pelo captor, de accordo com as suas leis penaes.

Art. 309. Nos casos de abalçoamento culpavel, no alto mar ou no espaço aéreo, entre navios ou aeronaves de pavilhões diversos, applicar-se-á a lei penal da victima.

CAPITULO IV

Questões varias

Art. 310. Para o conceito legal da reiteração ou da reincidência, será levada em conta a sentença pronunciada num Estado estrangeiro contratante, salvo os casos em que a isso se oppuzer a legislação local.

Art. 311. A pena de interdicção civil terá effeito nos outros Estados, mediante o prévio cumprimento das formalidades de registo ou publicação que a legislação de cada um delles exija.

Art. 312. A prescripção do delicto subordina-se á lei do Estado a que corresponde o seu conhecimento.

Art. 313. A prescripção da pena regula-se pela lei do Estado que a tenha imposto.

LIVRO QUARTO TITULO TERCEIRO

Da extradição

Art. 344. Para se tornar effectiva a competencia judicial internacional em materia penal, cada um dos Estados contratantes accederá ao pedido de qualquer dos outros, para a entrega de individuos condemnados ou processados por delictos que se ajustem ás disposições deste titulo, sem prejuizo das disposições dos tratados ou convenções internacionaes que conttenham listas de infracções penaes que autorizem a extradição.

Art. 345. Os Estados contratantes não estão obrigados a entregar os seus nacionaes. A nação que se negue a entregar um de seus cidadãos fica obrigada a julgal-o.

Art. 346. Quando, anteriormente ao recebimento do pedido, um individuo processado ou condemnado tiver delinquido no país a que se pede a sua entrega, póde adiar-se essa entrega até que seja elle julgado e cumprida a pena.

Art. 347. Se varios Estados contratantes solicitam a extradição de um delinquente pelo mesmo delicto, deve ser elle entregue áquelle Estado em cujo territorio o delicto se tenha commettido.

a jurisdição repressiva, acompanhado das peças do processo que subministrem provas ou, pelo menos, indícios razoáveis da culpabilidade da pessoa de que se trate.

2. A filiação do individuo reclamado ou os signaes ou circumstancias que possam servir para o identificar.

3. A cópia authentica das disposições que esbeleçam a qualificação legal do facto que motiva o pedido de entrega, definam a participação nelle attribuida ao culpado e precisem a pena applicavel.

Art. 366. A extradição pode solicitar-se telegraphicamente e, nesse caso, os documentos mencionados no artigo anterior serão apresentados ao país requerido ou á sua legação ou consulado geral no país requerente, dentro dos dois meses seguintes á detenção do indigitado. Na sua falta, este será posto em liberdade.

Art. 367. Se o Estado requerente não dispõe da pessoa reclamada dentro nos tres meses seguintes ao momento em que foi collocado á sua disposição, ella será posta, igualmente, em liberdade.

Art. 368. O detido poderá usar, no Estado ao qual se fizer o pedido de extradição, de todos os meios legais concedidos aos nacionaes para recuperar a liberdade, baseando-se, para isto, nas disposições deste codigo.

Art. 369. O detido poderá igualmente, depois disso, utilizar os recursos legais que procedem, no Estado que pedir a extradição, contra as qualificações e resoluções em que se funda.

Art. 370. A entrega deve ser feita com todos os objectos que se encontrarem em poder da pessoa reclamada, quer sejam productos do delicto imputado, quer peças que possam servir para a prova do mesmo, tanto quanto fôr praticavel, de accôrdo com as leis do Estado que a effectue e respeitando-se devidamente os direitos de terceiros.

Art. 371. A entrega dos objectos, a que se refere o artigo anterior poderá ser feita, se a pedir o Estado requerente da extradição, ainda que o detido morra ou se evada antes de effectuada esta.

Art. 372. As despesas com a detenção ou entrega serão por conta do Estado requerente, mas este não terá que despendar importancia alguma com os serviços que prestarem os empregados publicos pagos pelo Governo ao qual se peça a extradição.

Art. 373. A importancia dos serviços prestados por empregados publicos ou outros serventuarios, que só recebiam direitos ou emolumentos, não excederá aquella que habitualmente percebam por essas diligencias ou serviços, segundo as leis do país em que residam.

Art. 374. A responsabilidade que se possa originar do facto da detenção provisoria, caberá ao Estado que a solicitar.

Art. 375. O transito da pessoa extraditada e de seus guardas pelo territorio dum terceiro Estado contratante será permittido mediante apresentação do exemplar original ou de uma cópia authentica do documento que conceda a extradição.

Art. 376. O Estado que obtiver a extradição de um accusado que fôr logo absolvido ficará obrigado a communicar ao que a concedeu uma cópia authentica da sentença.

Art. 377. A pessoa entregue não poderá ser detida em prisão, nem julgada pelo Estado contratante a que seja entregue, por um delicto differente daquelle que houver motivado a extradição e commettido antes desta, salvo se nisso consentir o Estado requerido, ou se o extraditado permanecer em liberdade no primeiro, trez meses depois de ter sido julgado e absolvido pelo delicto que foi origem da extradição, ou de haver cumprido a pena de privação de liberdade que lhe tenha sido imposta.

Art. 378. Em caso algum se imporá ou se executará a pena de morte, por delicto que tiver sido causa de extradição.

Art. 379. Sempre que se deva levar em conta o tempo da prisão preventiva, contar-se-á como tal o tempo decorrido desde a detenção do extraditado, no Estado ao qual tenha sido pedida.

Art. 380. O detido será posto em liberdade, se o Estado requerente não apresentar o pedido de extradição em

prazo razoavel e no menor espaço de tempo possível, depois da prisão provisoria, levando-se em conta a desistencia e as facilidades de comunicação postaes entre os dois países.

Art. 381. Negada a extradição de uma pessoa, não se pode voltar a pedir-a pelo mesmo delicto.

LEI N. 2.416 de 28 de Junho de 1911

Regula a extradição de nacionaes e estrangeiros e o processo e julgamento dos mesmos, quando, fóra do país, perpetrarem algum dos crimes mencionados nesta lei.

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brasil :

Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a seguinte lei :

Artigo 1.º E' permittida a extradição de nacionaes e estrangeiros :

§ 1.º. A extradição de nacionaes será concedida quando, por lei ou tratado, o país requerente assegurar ao Brasil a reciprocidade de tratamento.

§ 2.º. A falta de reciprocidade não impedirá a extradição no caso de naturalização posterior ao facto que determinar o pedido do país onde a infracção fôr commettida.

Artigo 2.º. A extradição não póde ser concedida nos casos seguintes :

I. Quando a infracção não estiver imposta pela lei brasileira, pena de prisão de um anno ou mais, comprehendidas a tentativa, a co-autoria e cumplicidade.

II. Quando o extraditando estiver sendo processado ou já tiver sido condemnado ou absolvido pelo Poder Judiciario brasileiro pelo mesmo facto que determinar o pedido.

III. Quando a infracção ou a pena estiver prescripta, segundo a lei do país requerente.

IV. Quando o inculpado, tiver de responder, no país requerente, perante algum tribunal ou juizo de excepção.

V. Quando a infracção fôr :

- a) puramente militar ;
- b) contra a religião ;
- c) de imprensa ;
- d) politica.

A allegação de fim ou motivo politico não impedirá a extradição, quando o facto constituir principalmente uma infracção commum da lei penal.

O Supremo Tribunal Federal, ao conhecer do pedido, apreciará em especie o character da infracção.

Concedida a extradição, a entrega ficará dependente de compromisso, por parte do Estado requerente, de que o fim ou motivo politico não concorrerá para aggravar a penalidade.

Artigo 3.º. Quando o inculpado, contra o qual fôr feito o pedido, estiver sendo processado ou estiver sujeito a cumprimento de pena de prisão ou de pena que nesta se resolva, por facto diverso, praticado no Brasil, a extradição será decidida na fórma desta lei, mas a entrega se fará effectiva depois de findo o processo ou de extincta a pena.

Artigo 4.º. Se fôr de morte ou corporal a pena em que, segundo a legislação do Estado requerente, incorrer o extraditando, a extradição só será permittida sob a condição de ser tal pena commutada na de prisão.

Art. 5.º. Obtida a extradição, o Estado requerente se comprometterá a não responsabilizar o extraditando por outros factos anteriores á extradição, senão pelo facto ou factos que determinarem a sua entrega, salvo se o accusado, livre e expressamente, consentir em ser julgado por esses outros factos ou se, posto em liberdade, permanecer no territorio do Estado requerente, por tempo excedente a um mês.

Artigo 6.º. O Estado requerente não póde, sem consentimento do Estado requerido, entregar o extraditado, a um terceiro Estado que o reclame, salvo a ultima excepção assignada no artigo anterior.

Artigo 7.º. No caso de pedido de extradição por diferentes Estados, contra a mesma pessoa, se se tratar do mesmo facto, será preferido o pedido do país em cujo territorio a infracção foi commettida; se se tratar; de factos diversos, será preferido o pedido que versar sobre a infracção mais grave; no caso de igual gravidade, terá preferencia o Estado que, em primeiro lugar, tiver solicitado a entrega. Nas duas

últimas hypotheses poderá ser estipulada a extradição para ulterior entrega aos outros requerentes.

Artigo 8.º A extradição será solicitada por via diplomática, acompanhando o pedido de cópia, ou traslado authenticico de sentença de condemnação ou da sentença ou acto do processo criminal, emanado do juiz competente. Estas peças deverão conter a indicação precisa do facto incriminado, o lugar e a data em que foi commettido e ser acompanhadas de cópias dos textos da lei, applicaveis á especie.

Artigo 9.º O ministro do Exterior remetterá o pedido ao do Interior, o qual providenciará para a prisão do extraditando e sua apresentação ao Supremo Tribunal Federal.

Parapho unico. Em casos urgentes, poderá ser a prisão effectuada preventivamente e mantida por 60 dias, dentro de cujo prazo o Estado requerente apresentará ao requerido o pedido formal devidamente instruido.

Artigo 10.º Nenhum pedido de extradição será attendido sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade e procedencia do mesmo.

Effectuada a prisão do extraditando, serão todos os documentos referentes ao pedido enviados ao Supremo Tribunal Federal, de cuja decisão não caberá recurso.

O extraditando que será apresentado ao Tribunal, poderá fazer se acompanhar de advogado, consistindo a sua defesa em não ser a pessoa reclamada, nos defeitos de fórma dos documentos apresentados e na legalidade da extradição.

Artigo 11. Concedida a extradição e, se dentro de 20 dias da data da communicacão de ficar o extraditando á disposicão do Estado requerente, não o tiver remettido o respectivo agente diplomatico para o país reclamante, dar-se-lhe-á a liberdade e não será de novo preso pelo mesmo motivo da extradição.

Artigo 12. Publicada esta lei, será o seu texto enviado a todas as nações com as quaes o Brasil mantém relações e serão denunciados todos os tratados de extradição ainda vigentes.

Artigo 13. Poderão ser processados, até pronuncia inclusive, e ainda que ausentes da Republica, os brasileiros que, em territorio estrangeiro, perpetrem algum dos crimes :

- a) contra a independencia, integridade e dignidade da Patria (Codigo Penal, arts. 87, 92, 94, 98, 101, 102 e 104) ;
- b) contra a Constituição da Republica e fórma do seu governo (Codigo Penal, arts. 107 e 108) ;
- c) de moeda falsa (Codigo Penal, arts. 239 e 243) ;
- d) falsificação de titulos e papeis de credito, do Governo Federal, dos Estados e dos Bancos (Codigo Penal, arts. 245 a 250).

§ 1.º O julgamento de taes criminosos, porém, só se tornará effectivo quando houverem elles regressado, espontaneamente ou por extradição do país.

§ 2.º O processo e julgamento de estrangeiros que commetterem algum dos crimes presentemente enumerados, só se effectuarão quando os criminosos, espontanea ou forçadamente, vierem ao país.

Artigo 14. Poderá ser processado e julgado no Brasil o nacional ou estrangeiro que, em territorio estrangeiro, perpetrar crime contra brasileiro e ao qual commine a lei brasileira pena de prisão de dois annos no minimo.

§ 1.º Processo contra o nacional ou estrangeiro só será iniciado mediante requisição do Ministerio do Interior ou queixa, da parte, quando, nos casos em que a extradição é permittida, não fôr ella solicitada pelo Estado em cujo territorio foi commettida a infracção.

§ 2.º Não terão lugar o processo e julgamento pelos crimes referidos no artigo 14, se os criminosos já houverem sido no estrangeiro absolvidos, punidos ou perdoados por taes crimes, ou se o crime ou pena já estiverem prescriptos, segundo a lei mais favoravel.

O processo e julgamento dos crimes do artigo 13 não serão obstados por sentença ou qualquer acto de auctoridade estrangeira.

Todavia, será computada no tempo da pena a prisão que no estrangeiro tiver, por taes crimes, sido executada.

§ 3.º. E' sempre a Justiça Federal competente para conhecer dos crimes commettidos em territorios estrangeiros.

Artigo 15. Revogam-se as disposições em contrario.

Rio de Janeiro, 28 de Junho de 1911, 90.º da Independencia, 23.º da Republica.

HERMES R. DA FONSECA
Rivadavia da Cunha Corrêa.

DECRETO N. 4.743, de 31 de Outubro de 1923

REGULA A LIBERDADE DE IMPRENSA E DA' OUTRAS PROVIDENCIAS

O PRESIDENTE DA REPUBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL :

Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a resolução seguinte :

RESPONSABILIDADES E PENAS

Art. 1. — Os crimes previstos nos arts. 126, 315 e 317 do Codigo Penal e nos arts. 1.º, 2.º e 3.º do decreto n. 4.269, de 17 de janeiro de 1921, quando commettidos pela imprensa, serão punidos com as seguintes penas :

1.º Nos casos previstos no art. 126 do Codigo Penal — metade da pena correspondente ao crime cuja pratica se tiver provocado.

2.º No caso do art. 315 do Codigo Penal — prisão cellualar por quatro meses a um anno e multa de 1:000\$ a 10:000\$000, elevada a pena para seis meses a dous annos de prisão cellualar e multa de 2:500\$ a 10:000\$, se o crime fôr contra corporação que exerça autoridade publica, ou contra agente ou depositario desta.

3.º No caso do art. 317, do mesmo Codigo Penal — prisão cellualar por dous a seis meses, e multa de 1:000\$ a 6:000\$, elevada a pena para tres a nove meses de prisão cellualar e multa de 2:000\$ a 12:000\$ na mesma hypothese prevista na ultima parte do numero precedente.

4.º No caso dos arts. 1.º a 3.º do decreto n. 4.269, de 17 de janeiro de 1921 — as penas constantes dos mesmos artigos serão accrescidas da multa de 5:000\$ a 40:000\$.

Paragrapho 1.º. Essas penas serão graduadas pelo julgador, conforme a gravidade da offensa, as condições de

fortuna do réu, e o critério dos arts. 62, 65 e 66 do Código Penal.

Tratando-se de qualquer dos crimes previstos no artigo 126 do Código Penal, nos arts. 1.º a 3.º do decreto n. 4269 de 1921, e no art. 2.º da presente lei, além das penas nesta estabelecidas, será applicavel, administrativamente, a de expulsão, quando se tratar de estrangeiros a ella sujeitos.

Paragrapho 2.º. Não terá cabimento nesses crimes o disposto no artigo 27, paragrapho 6.º, e no artigo 32 do Código Penal.

Paragrapho 3.º A prova do facto imputado e permitida nos casos previstos no art. 318, do Código Penal, comprehendidos nesta disposição os senadores, deputados, conselheiros municipaes, intendentes, ou prefeitos. Não se admittirá, porém, nos casos de offensas previstas nos arts. 3.º e 4.º da presente lei.

Art. 2.º A publicação de segredos do Estado é punida com a pena de prisão cellular por um a quatro annos, tambem applicavel no caso de noticias ou informações relativas á sua força, preparação e defesa militar, se taes noticias ou informações puderem de algum modo influir sobre a sua segurança externa ou despertar rivalidades ou desconfianças perturbadoras das boas relações internacionaes.

Paragrapho unico. E', entretanto, permittida a discussão e critica se tiver por fim esclarecer e preparar a opinião para as reformas e providencias convenientes ao interesse publico, comtanto que se use de linguagem moderada, leal e respeitosa.

Art. 3. A offensa feita pela imprensa ao Presidente da Republica no exercicio de suas funcções ou fóra d'elle, e a algum soberano ou chefe de Estado estrangeiro, ou aos seus representantes diplomaticos, quando não revista caracteres de calumnia ou injuria, é punida com a pena de prisão cellular por tres a nove meses e multa de 4:000\$ a 20:000\$.

Art. 4.º E' prohibido, sob pena de multa de 200\$ a 4:000\$, affixar ou expôr ao publico em qualquer lugar e por qualquer meio, inclusivé fitas cinematographicas, cartaz,

LEI DE IMPRENSA

estampa, gravura, desenho, e em geral impresso, manuscrito ou figura onde haja offensa a alguma nação estrangeira.

Paragrapho unico. Fica sujeito á pena de prisão cellular por dous a seis meses quem apregoar, em lugares publicos, a venda de gazetas, papeis e impressos, ou manuscritos de modo offensivo a pessoa ou nacionalidade certa e determinada com o fim de escandalo e aleivosia.

Art. 5.º A offensa á moral publica ou aos bons costumes, feita de qualquer modo pela imprensa, é punida com a pena de prisão cellular por seis meses a dous annos, e da perda do objecto de onde constar a mesma offensa, além da multa de 200\$ a 2:000\$000.

Paragrapho unico. E' prohibido, sob a mesma pena deste artigo vender, expôr á venda ou, por algum modo, concorrer para que circule qualquer livro, folheto, periodico, ou jornal, gravura, desenho, estampa, pintura ou impresso de qualquer natureza desde que contenha offensa á moral publica ou aos bons costumes.

Art. 6.º E' prohibida, sob pena de multa de 100\$ a 1:000\$ a publicação de annuncios ou noticias relativas a medicamentos não approvados pela Directoria Geral de Saude Publica, ou a tratamentos ou curas não confirmados por profissionaes.

Art. 7. Aquelle que, por qualquer meio, obtiver ou procurar obter dinheiro ou outro proveito para não fazer ou impedir que se faça alguma publicação, é punido com a pena de prisão cellular por um a quatro annos, e multa de 300\$ a 6:000\$, incorrendo na mesma pena o que, mediante paga ou recompensa, fizer ou obtiver se faça qualquer publicação que importe crime de imprensa punido pela presente lei.

Art. 8. Não se consideram crimes :

1. A publicação, integral ou resumida, dos debates nas Casas Legislativas, federaes, estaduais ou municipaes, dos relatorios ou qualquer outro escripto, impresso por ordem das mesmas.

2.º O noticiario, o resumo, o relatorio, a resenha e a chronica fieis dos debates e andamento de todos os projectos

e assumptos sujeitos ao exame e deliberação das mencionadas corporações.

3.º A publicação integral, parcial ou abreviada, de noticias, chronica ou resenha, quando fieis, dos debates escriptos ou oraes perante juizes e tribunaes, nem tão pouco a publicação dos despachos, sentenças ou quaesquer escriptos que houverem sido impressos mediante ordem, requisição ou communicação dos mesmos juizes e tribunaes.

4.º A publicação de articulados, cotas ou allegações produzidas em juizo pelas partes ou seus procuradores.

Art. 9. — As injurias compensam-se . em consequencia não poderão querelar por injurias os que reciprocamente se injuriarem.

Art. 10 — Pelos abusos de liberdade de imprensa são responsaveis successivamente :

1.º, o autor, sendo pessoa idonea, em condições de responder pecuniariamente pelas multas e despezas judiciaes, e residente no país, salvo tratando-se de reprodução feita sem o seu consentimento, caso em que responderá quem a tiver feito.

2.º, o editor, se se verificarem a seu respeito as mesmas condições exigidas em relação ao autor, e este não fôr conhecido, ou não as reunir ;

3.º, o dono da officina ou estabelecimento, onde se tiver feito a publicação ; e, na sua falta ou ausencia do país, quem o estiver representando, desde que se não verifique o disposto em os numeros anteriores ;

4.º, os vendedores ou distribuidores, quando não constar quaes sejam os autores ou editores, nem a officina onde tiver sido feita a impressão.

Paragrapho unico. Para o effeito da responsabilidade criminal estabelecida no presente artigo, sempre que se tratar de imprensa periodica, o director ou redactor principal será considerado autor de todos os escriptos não assignados e tambem dos assignados por quem não esteja nas condições constantes do n. 1 ; o gerente será considerado editor ; e o proprietario do jornal equiparado ao dono da officina, se na realidade o não fôr.

Art. 11 — A parte offendida poderá provar, perante o juiz competente, por documentos ou testemunhas, que o autor ou editor do artigo não tem idoneidade ou meios de responder pecuniariamente, afim de poder exercer sua acção contra os responsaveis successivos.

1.º Esta prova será feita em processo summarissimo, com intimação do autor do artigo ou do editor para, em uma só audiência, ser o factó provado e contestado.

2.º Em acto successivo, o Juiz decidirá se o autor ou editor tem os requisitos legaes para responder, não cabendo recurso algum dessa decisão.

3.º Declarado inidoneo o autor ou editor, á parte offendida fica salvo o seu direito contra os responsaveis successivos.

Art. 12 — Quando a officina graphica ou orgão da imprensa fôr propriedade de alguma sociedade, esta será representada por seu gerente, salvo havendo prova de caber a outrem, em condições de responder nos termos desta lei, a responsabilidade que se lhe attribue.

Art. 13. Todo o diario ou periodico é obrigado a estampar no seu cabeçalho os nomes do director ou redactor principal e do gerente, que deverão estar no gozo de seus direitos civis, e ter residencia no lugar onde for feita a publicação, bem assim indicar a séde da administração e do estabelecimento graphico do mesmo jornal ou periodico, sob pena de apprehensão immediata dos exemplares, pelas autoridades policiaes.

Art. 14. Os artigos publicados nas secções ineditoriaes de qualquer jornal ou periodico, deverão conter a assignatura dos respectivos autores e, logo após, as indicações de sua residencia e profissão, e havendo accusações ou injurias, embora vagas e sem declinar nomes, tal assignatura será reconhecida por tabellião do lugar, onde o dito jornal ou periodico fôr impresso e os dizeres dessa formalidade serão reproduzidos no final da publicação, sob pena de multa de 1:000\$ sem prejuizo do disposto no art. 10, parographo unico.

Art. 15. Sempre que um dos responsáveis enumerados no art. 10 gozar imunidades ou de fôro especial, a parte offendida poderá promover acção contra o responsável ou responsáveis que se lhe seguirem na ordem da responsabilidade successiva determinada no referido artigo.

Art. 16. Os gerentes de um jornal ou de qualquer publicação periodica são obrigados a inserir, dentro de tres dias, contados do recebimento, a resposta de toda a pessoa natural ou juridica que fôr attingida em publicação do mesmo jornal ou periodico por offensas directas ou referencias de facto inveridico ou erroneo, que possa affectar a sua reputação e boa fama.

§ 1.º O direito de resposta poderá ser exercido pela propria pessoa assim mencionada, por seu representante legal ou por seus herdeiros, e quem o exercer será o unico juiz do conteudo, fórmula e utilidade da resposta.

§ 2.º A inserção da resposta será feita gratuita e integralmente em edição correspondente, no mesmo lugar e com os mesmos caracteres da publicação que a tiver provocado, e não excederá á extensão desta. Se exceder, a parte excedente será paga pelos preços ordinarios.

§ 3.º A inserção só poderá ser recusada :

- a) quando não tiver relação alguma com os factos referidos na alludida publicação ;
- b) quando contiver expressões que importem abuso de liberdade de imprensa ;
- c) quando affectar direitos de terceiros, de modo a dar a estes igual direito de resposta.

§ 4.º Se os gerentes deixarem de inserir a resposta, quando lhes fôr entregue directamente pelo interessado ou remettida por via postal, poderá este requerer ao juiz competente para processar os crimes referidos no art. 1.º, que mande notificar os mesmos gerentes para fazerem a inserção no prazo e sob a pena de multa constante do § 5.º do presente artigo. O requerimento será instruido com um exemplar do jornal a que se referir, e com o texto da resposta, em duplicata, para que fique um exemplar archivado em carto-

rio. A decisão será proferida no prazo de vinte e quatro horas, e della não haverá recurso.

§ 5.º Sendo a decisão contraria ao gerente do jornal ou periodico, impor-se-lhe-á a multa de 200\$ a 2:000\$, ficando sujeito a pagar o triplo dessa multa o requerente que tiver instruido sua petição com uma resposta em termos diversos da recusada.

§ 6.º Se a resposta sahir com alteração que lhe deturpe o sentido, os gerentes serão obrigados a inseril-a de novo, escoimada desse erro; e, se na reproducção o mesmo ou outro apparecer, será considerado proposital e punido com a multa de 200\$ a 2:000\$ por dia, e o dobro na reincidencia, até inserção exacta do escripto.

§ 7.º Os gerentes terão o direito de haver do autor do escripto que provocar a resposta todas as despesas com a publicação desta.

§ 8.º O autor da resposta ou retificação recusada, tem o direito de repetil-a, modificando-a.

Art. 17 — O exercicio do direito de resposta não inibirá o offendido ou seu representante de promover a punição dos responsaveis pelas injurias ou calumnias de que fôr victima.

Art. 18 — Quando a multa recahir sobre algum dos gerentes, socio solidario ou membro da directoria da empresa, responderão pela importancia da mesma os bens do condemnado, assim como os do jornal e estabelecimento graphico.

Parapho unico. A importancia da multa imposta pela condemnação gosará de privilegio especial sobre os ditos bens, ainda no caso de fallencia, derogado para este fim o artigo 24, n. 4, da lei n. 2024, de 17 de dezembro de 1908.

Art. 19 — As multas pertencerão ao offendido, se este fôr particular, ou á União, Estado ou Municipio, se fôr funcionario em razão do officio, ou corporação que exerça autoridade publica, modificada, assim a norma adoptada pelo art. 1547 e seu parapho unico do Codigo Civil.

Parapho unico. A importancia das multas arrecadadas pela União, pelos Estados ou Municipios constituirá

um fundo destinado a fins de assistencia publica, conforme regulamento que, para esse effeito, fôr decretado pelo respectivo Poder Executivo.

DA MATRICULA

Art. 20 — A matricula das officinas impressoras e dos jornaes e outros periodicos, a que se refere o art. 383 do Codigo Penal, é obrigatoria e será feita em cartorio do Registro de Titulos e Documentos do Districto Federal, do Territorio do Acre e dos Estados ; e, em sua falta, nas notas de qualquer tabellião local.

§ 1.º — O registro será feito em virtude de despacho proferido pela autoridade judiciaria a que estiver subordinado o serventuario que o deva fazer.

§ 2.º — A matricula conterá as declarações seguintes :
1.º - nome, residencia, nacionalidade e folha corrida do dono da officina, séde da respectiva administração, o lugar, rua e casa onde é estabelecida ;

2.º — nome, residencia, naturalidade e folha corrida do gerente, e, tratando-se de jornal ou outro escripto periodico, tambem o nome, a residencia, a nacionalidade e folha corrida do director ou redactor principal, sendo que sempre que se tratar de sociedade deve ficar archivado o respectivo contrato. As alterações supervenientes serão immediatamente averbadas.

§ 3.º — A falta da matricula ou das declarações exigidas neste artigo e a das alterações supervenientes, bem como as falsas declarações, serão punidas com a multa de 500\$ a 10:000\$, applicavel pela autoridade judiciaria, mediante o processo estabelecido nesta lei e promovido por qualquer interessado ou pelo Ministerio Publico.

§ 4.º A respectiva sentença determinará o prazo de cinco dias para a matricula ou rectificação das declarações.

§ 5.º De cada vez que não fôr cumprida essa determinação, o infractor responderá a novo processo, no qual lhe será imposta nova multa pecuniaria, podendo o juiz aggravar-a até 50 %.

DA ACÇÃO E PRESCRIÇÃO

Art. 21. Cabe acção penal mediante queixa do offendido ou de quem tenha qualidade legal para o representar, quando a offensa fôr contra particulares.

Art. 22. Cabe acção penal por denuncia do Ministerio Publico, quando a offensa fôr contra corporação que exerça autoridade publica, contra qualquer agente ou depositario desta em razão de suas funcções, contra chefe de de Estados estrangeiros, ou seus representantes diplomaticos, e ainda no caso do art. 3.º ; dependendo a acção penal, nesses ultimos casos, de requisição feita, por parte do respectivo Governo, ou pelos representantes diplomaticos offendidos ; e mediante officio do Ministerio da Justiça, quando se tratar de offensas ao Presidente da Republica.

Paragrapho unico. Se o promotor publico retardar a denuncia por mais de dez dias após a representação do offendido, ou se recusar a apresental-a, incorrerá na multa de 500\$, imposta pelo chefe do Ministerio Publico, e descontada na folha dos seus vencimentos, além da responsabilidade criminal que lhe caiba. Neste caso, poderá o offendido reclamar do chefe do Ministerio Publico a designação de outro promotor, para promover o processo ; mantidos os principios dos arts. 407 e 408, do Codigo Penal.

Art. 23. Nos crimes de injuria e calumnia a acção penal e a condemnação prescrevem em dous annos.

Paragrapho unico. A demora dos autos além dos prazos legais e o excesso de prazos, causados pelo réu, serão descontados dos prazos da prescripção.

DO PROCESSO

Art. 24. No Districto Federal e no territorio do Acre observar-se-á nos crimes, de que trata esta lei, o processo seguinte :

§ 1.º A queixa será offerecida pelo offendido ou seus herdeiros, constantes do artigo 324 do Codigo Penal, pessoalmente, ou por procurador regularmente constituido, sem dependencia de alvará.

§ 2.º O réu, depois de qualificado, poderá fazer-se representar por procurador bastante, dispensado então o comparecimento pessoal.

§ 3.º Offerecida queixa ou denuncia instruída obrigatoriamente com um exemplar do impresso offensivo, e, facultativamente, com outros documentos, o juiz mandará atual-a e fazer a citação pessoal do réu abrangendo todos os termos da acção, sendo por edital, com o prazo de dez dias, se o citando não fôr encontrado no fôro da acção, para comparecer á primeira audiéncia na qual será qualificado e lhe será assignado o prazo improrogavel de quatro dias, para offerecer defesa escripta, contendo todas as prejudiciaes e a *exceptio veritatis*, sob pena de revelia.

§ 4.º — Se o réu não comparecer á primeira audiéncia, o juiz nomear-lhe-á curador *a lide*, até que compareça e seja qualificado, e o mesmo fará se elle fôr menor ou interdicto.

§ 5.º — Findo o prazo para a defesa e, seja ou não esta offerecida na audiéncia immediata, serão inqueridas as testemunhas que o autor e o réu facultativamente apresentarem e cujo numero não excederá de cinco para cada parte, sendo para esse effeito dispensada citação, salvo quando fôr requerida pela parte que tiver indicado as testemunhas, mas sem prejuizo do prazo do paragrapho seguinte.

§ 6.º — Os depoimentos serão reduzidos a escripto e, se fôr necessario, proseguirão nos dias immediatos, até o maximo improrogavel de oito dias.

§ 7.º — Terminadas as inquirições, terão o autor e o réu, de cada vez, o prazo de tres dias para examinarem os autos em cartorio, e offerecer razões finaes, com ou sem documentos. Ao autor, serão dadas mais vinte e quatro horas improrogaveis, para dizer acerca dos documentos que o réu haja juntado ás suas razões, mas não lhe será permittido exhibir novos documentos.

§ 8.º — Findos os prazos do paragrapho anterior, que não dependerão de assignação e lançamento em audiéncia, serão os autos immediatamente conclusos ao juiz para proferir a sentença, dentro de dez dias.

§ 9.º — Se, antes de proferir a sua sentença, o juiz verificar, ou a parte demonstrar, preterição de formalidades prejudiciaes ao processo, o julgamento será convertido em diligencia, para serem sanadas as nullidades no prazo máximo de dez dias.

§ 10 — Da sentença, caberá appellação, com effeito suspensivo, interposta no prazo de cinco dias, contados da intimação ás partes, ou seus procuradores, ou curadores ; e, não sendo estes encontrados, do p régão em audiencia.

§ 11. — Depois de arazoada a appellação em cartorio, no prazo de cinco dias improrogaveis para cada parte, os autos serão preparados e remettidos á instancia superior, dentro de tres dias, sob pena de deserção, no caso de falta de preparo pelo interessado.

§ 12. — Na instancia superior, a appellação será preparada dentro de dez dias, sob pena de deserção, e ficará em mesa por espaço de uma sessão. Na sessão immediata, será sorteado o relator, e, na que a esta se seguir, será julgada a appellação, depois de ouvido verbalmente o procurador geral. O accordam será publicado até a segunda sessão celebrada após á do julgamento e assim terá passado elle em julgado.

§ 13. — Os prazos constantes do presente artigo não podem ser excedidos, sob pena de pagar a multa de 200\$ em cada dia de excesso, quem tiver a culpa do mesmo.

Art. 25. A importancia das multas por condemnação definitiva, inclusive as custas, será exequivel no juizo competente, mediante certidão da sentença ou accordam e da conta das custas, com a qual o autor requererá a citação do executado para pagar em vinte e quatro horas que correrão em cartorio, sob pena de penhora, seguindo-se o processo das acções executivas.

Paragrapho unico. — A' penhora o executado apenas poderá oppôr embargos : a) de pagamento ; b) de perdão do offendido se fôr particular ; c) de prescripção. Os dous primeiros só poderão ser interpostos com provas literaes *incontinentente*.

Art. 26. — Será dada sem demora certidão requerida ás repartições publicas, pelo querellado, para fundamentar a arguição por cuja causa seja chamado a juizo, ou pelo ofendido, para provar a falsidade dessa mesma arguição, salvo caso, justificado no despacho de recusa. de tal certidão acarretar damno ao interesse publico.

Paragrapho unico. — Recusada a certidão será suspenso o andamento do processo até que a mesma seja apresentada.

Se, porém, o réu de algum modo e por qualquer meio fizer renovar a arguição do mesmo factu que deu causa ao processo, assim suspenso, proseguirá o mesmo independentemente da certidão.

Art. 27. — Quando fôr intentado processo com manifesta má fé, e o autor decahir por não ter fundamento o seu pedido, pagará o mesmo autor ao réu, além das custas a que tenha sido condemnado, a indemnização do damno causado.

Art. 28. — A sentença condemnatoria proferida em processo por crime de calumnia ou injuria, será publicada gratuitamente na mesma secção do jornal ou periodico onde tiver apparecido o artigo causador da acção criminal, e com os mesmos caracteres graphics desse artigo ; devendo fazer-se a publicação no primeiro ou no segundo numero, de edição correspondente, que se seguir ao conhecimento da sentença, sob pena de multa de 100\$ por numero que deixar de fazer a referida publicação.

Art. 29. — No caso de sentença absolutoria, os autores, querellantes e denunciantes, são obrigados, solidariamente, a arbitrio dos processados, a publicar em um ou dous jornaes ou periodicos, por estes designados, as sentenças respectivas, devendo, na falta de cumprimento dessa obrigação, ser observadas as mesmas regras e penalidades instituidas para os casos da condemnação pelo delicto, em si. Se, para realizar-se essa publicação, fôr necessario recurso judiciario, as publicações, mandadas fazer, correrão por conta dos referidos autores, querellantes e denunciantes, cabendo no caso cobrança executiva.

Esse executivo será processado na mesma ordem e forma estabelecida por esta lei, para os casos de execução de sentença condemnatoria.

Art. 30. A prisão a que tenham de ser recolhidos os processados por crimes quando commettidos pela imprensa, será sempre distincta da existente para os réus de delictos communs.

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 31. Continuum em vigor as disposições do § 2.º do art. 23, do art. 59 e paragrapho unico, e as demais disposições do Codigo Penal, que não forem contrarias á presente lei.

Art. 32. Tratando-se de abusos da liberdade de pensamento pela imprensa, compete á justiça federal o respectivo julgamento nos casos do art. 126, do Cod. Penal : ns. 1, 2 e 3, da lei n. 4.269 de 1921 ; arts. 2.º, 3.º e 4.º, da presente lei, e quando o offendido fôr funcionario federal, em acto, ou por motivo do exercicio de suas funcções.

Paragrapho unico. Nos casos do presente artigo officiará o procurador criminal ou o seccional em lugar do promotor publico, observando-se o processo estabelecido nesta lei.

Art. 33. Quando duas ou mais qualidades que determinam differença na pena, se reunirem na mesma pessoa, considerar-se-á esta investida, quanto aos crimes de que trata esta lei da qualidade que acarretar maior pena.

Art. 34. Fica dispensada em relação a todo e qualquer impresso, periodico ou não periodico, a prova de sua distribuição por mais de 15 pessoas.

Art. 35. A presente lei entrará em vigor desde que seja publicada.

DISPOSIÇÃO TRANSITORIA

Art. 36. As actuaes officinas impressoras e a dos jornaes e outros periodicos terão o prazo de noventa dias para effectuar a matricula de que trata o art. 20 da presente lei, a contar da data de sua publicação.

Art. 37. Revogam-se as disposições em contrario.

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 1923, 102.º da Independencia e 35.º da Republica.

ARTHUR DA SILVA BERNARDES.
JOÃO LUIZ ALVES.

RESPONSABILIDADE CRIMINAL DAS PESSOAS JURIDICAS

Commentando o paragrapho unico do artigo 25, tivemos occasião de dizer que, no congresso de Bucarest, a realizar-se na primeira quinzena de outubro (1929), trataria a Associação Internacional de Direito Penal da questão respeitante á responsabilidade penal das pessoas juridicas. Ainda não estão divulgadas as conclusões que essa assembléa adoptou.

Na "Revue internationale de droit penal" (ns. 3 e 4, 1929) se encontram os relatorios de Gunsburg e Mommaert (belgas), Martinez (cubano), Roux (francês), Longhi e Cicala (italianos), Ettinger (polaco), Radulesco (romeno) e Givanovitsch (yugo-eslavo). Sómente Roux e Ettinger se manifestaram adversos a essa responsabilidade.

Em monographia recente, sob o titulo "La capacidad criminal de las personas sociales" (Madrid, 1929), occupa-se o professor espanhol Quintiliano Saldaña com amplitude e profundeza do assumpto.

CODIGOS PENAES EM VIGOR

CÓDIGOS PENAES EM VIGOR

Immensa foi no seculo passado a actividade legislativa em materia de codificação penal. Todos os povos civilizados procuraram reunir e systematizar as suas leis represivas, orgulhando-se alguns delles, com toda razão, do esmero e perfeição com que levaram a cabo essa delicada tarefa. Mas, com o transcurso do tempo, deante de novas necessidades e de novos ideaes, tiveram elles de reconhecer que as suas leis penaes precisavam ser remodeladas.

Envelhecem taes mais depressa do que as outras ; e esse phenomeno se explica pela circumstancia de deverem ellas acompanhar mui de perto, a passo igual, as continuas transformações da sociedade. Tiveram essa sorte os codigos do ultimo seculo.

Nas tres decadas do presente, intenso tem sido no mundo todo o trabalho para a elaboração de outros codigos penaes. Já em diversos países vigoram codigos de data recente.

Damos em seguida, chronologicamente, a lista das codificações penaes óra em vigor :

- 1810 — Código penal francês ; 1)
1834 — » » grego ; 2)
1852 — » » austriaco ; 3)

1) Muitas têm sido as alterações soffridas por esse código. Muitas as leis especiaes posteriores. Em 1893 se organizou um projecto de refórma (parte geral), que não foi por deante. A França é hoje — diz v. Hippel — um país de legislação penal atrazada.

2) Uma commissão, nomeada pelo ministro da justiça Demetrakopulos, organizou um projecto de refórma. Analysou-o desfavoravelmente Ferri, na **Scuola Positiva**, 1927, p. 431.

3) Numerosos têm sido os projectos para substituir esse código, que não passa de uma edição revista do de 1803. Entre elles merecem especial menção os de 1909 e 1912. Ultimamente se trabalha no sentido de uniformizar a lei penal austriaca com a allemã.

1853	—	»	»	federal suíço ; 1)
1860	—	»	»	servio ; 2)
1864	—	»	»	sueco ; 3) C. p. romeno ;
1866	—	»	»	dinamarquês ; 4)
1867	—	»	»	belga ;
1870	—	»	»	alemão ; 5)
1874	—	»	»	chileno ;
1879	—	»	»	húngaro ; C. p. luxemburguês ;
1880	—	»	»	costarricense ;
1881	—	»	»	holandês ; C. p. novyorkino ;
1886	—	»	»	português ;
1889	—	»	»	italiano ; 6) finlandês ; uruguayo e guatemalense ;
1890	—	»	»	brasileiro ; colombiano ; equatoriano ;
1891	—	»	»	nicaraguense ;
1898	—	»	»	hondurenho ;

1) Desde 1890 se procura fundir em um só os 25 códigos cantonaes suíços. O ante-projecto Stooss (1893) marca o início da introdução das medidas preventivas ou de segurança nos códigos penaes. Magnífico historico das tentativas de unificação do direito penal suíço em Hafter, **Lehrbuch**, § 7.

2) A Servia faz parte actualmente da Yugo-eslavia. O código do antigo reino está substituído pelo yugo-eslavo, que começou a vigorar este anno.

3) Em 1909 foi encarregado de elaborar um novo código o professor Thirén. Alguns annos depois (1916) publicou elle a parte geral do ante-projecto, traduzida para o espanhol pelo criminalista Luis Jiménez de Asúa (Madrid, ed. Reus). A tradução é precedida de um estudo critico das disposições do projecto. Seguiram-se diversos trechos da parte especial. Em 1923, foi por uma comissão organizado um novo projecto, tendo por base o de Thirén.

4) Em 1905, foi encarregada uma comissão de elaborar outro código. Em 1912, apresentou ella o respectivo projecto, que se considerou demasiadamente conservador. Organizou Torp um novo projecto (1917), que foi submettido ao exame de uma comissão. Resultou dahi o projecto de 1923, ainda em discussão.

5) Varios projectos de reforma têm sido organizados (1909, 1913, 1919, 1925 e 1927). v. Liszt, Goldschmid, Lilienthal e Kahl formaram um contra-projecto (1911). O projecto de 1927 está sendo estudado pelo parlamento.

6) Na Italia, discute-se presentemente o projecto Rocco.

1899	—	»	»	bulgaro ;
1902	—	»	»	norueguês ;
1904	—	»	»	venezuelano ; ¹⁾
1907	—	»	»	japonês ;
1908	—	»	»	siamês ;
1910	—	»	»	paraguayo ;
1921	—	»	»	argentino ;
1924	—	»	»	peruano ; ²⁾ C. p. tasmaniano ;
1926	—	»	»	turco ³⁾
1927	—	»	»	russo ; ⁴⁾
1928	—	»	»	espanhol ; ⁵⁾
»	—	»	»	chinês ;
1929	—	»	»	mexicano ;
1930	—	»	»	yugo-eslavo ; ⁶⁾

1) Allude Mittermaier, nos annexos ao projecto allemão de 1927, a um código venezuelano de 6 de julho de 1926. Não logramos obter um exemplar dessa obra.

2) Pouco depois de haver entrado em vigor este código — anno e meio apenas — se começou a promover uma reforma. Encarregaram-se dessa missão os drs. Gustavo Cornejo e Plácido Jiménez. O projecto de 1928, por elles organizado, foi com razão reputado prematuro (Luis Jiménez de Asúa, **El nuevo derecho penal**, p. 182). Do código peruano disse esse insigne criminalista : — “... puede figurar entre los más ciertos documentos legislativos y ser mirado como uno de los hechos más importantes de la legislación penal contemporanea”.

3) Código atrazado, apesar do que se diz na exposição de motivos. Serviu-lhe de modelo o italiano. Veja-se a critica de Pericles Bisoukides, no **Handwoerterbuch** de Stier-Somlo e Elster, s. v. **Tuerkisches Recht**. E tambem Bianchedi, na **Scuola Positiva**, IX (nova serie), p. 243 e seguintes.

4) Veja-se a tradução italiana na **Scuola Positiva**, anno VII (nova serie), p. 435 e seguintes. Inspira-se este código na doutrina da periculosidade subjectiva. Extremamente simples em sua estrutura. A parte geral tem apenas 57 artigos.

5) Deste código diz Cuello Calón : — “la orientación científica de nuestro código podria expresarse diciendo que su base es clásica, y sobre ella se destacan algunas concesiones a las modernas teorías que atribuyen especial importancia a la apreciación de la personalidad del delincuente y asignan a la represión como fin principal la defensa social contra el delito” (**El nuevo código penal**, p. 9). Um resumo do código pelo mesmo professor, na **Revue intern. de droit pen.** VI. 173.

6) Sobre este código, Djermekow, na **Monatschrift**, de Aschaffenburg, XX, 390.

BIBLIOGRAPHIA

A

- Alimena** (Bernardino -): I Limiti e i Modificatori dell' Imputabilità, Torino, 1899.
- La Premeditazione, Torino, 1887.
 - Principios de Derecho Penal (Trad. de Cuello Calón), Madrid, 1916.
- Alves Junior** (Thomaz -): Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal, Rio de Janeiro, 1864.
- Ammon** (W. v. -): Der bindende rechtswidrige Befehl (A ordem illegal vinculativa), Breslau, 1926.
- Angiolini** (Alfredo -): Dei delitti colposi, Torino, 1901.
- Araujo** (João Vieira de -): O Codigo Penal Interpretado, Rio, 1896, 1901 e 1902, 3 vols.
- :Codigo Criminal Brasileiro commentario philosophico - scientifico em relação com a jurisprudencia e a legislação comparada, Recife, 1889.
 - : O Brasil na Legislação Penal Comparada, Rio de Janeiro, 1911.
- Aschaffenburg** (Gustav -): Die Sicherung der Gesellschaft gegen gemeingefährliche Geistesranke (A segurança da sociedade contra os loucos perigosos), Berlin, 1912.
- Aschrott und v. Liszt** : Reform des Reichsstrafgesetzbuchs (Refórma da legislação penal alemã), Berlin, 1910.
- Asúa** (Luis Jiménez de -): El Anteproyecto de Código Penal suco de 1916, Madrid, 1917.
- Derecho penal moderno y español, en Adiciones a la traducción española del Programa del Curso de

- Derecho criminal, de Francisco Carrara, Madrid, 1922.
- El estado de necesidad en materia penal, Buenos Aires, 1922.
 - Trabajos del Seminario de Derecho penal, curso 1916-1917, Madrid, 1922.
 - El nuevo Código argentino y los recientes Proyectos complementarios ante las modernas direcciones del Derecho penal, Madrid, 1928.
 - El nuevo derecho penal, Madrid, 1929.
 - El estado peligroso, Madrid, 1922.
- Azevedo (Noé -)**: Dos tribunaes especiaes para menores delinquentes e como podem ser creados entre nós, S. Paulo, 1920.

B

- Balthazard (V. -)**: Manual de Medicina Legal (trad. espanhola do dr. Verderau), Barcelona, 1914.
- Bandeira (Esmeraldino O. T. -)**: Tratado de direito penal militar brasileiro, Rio de Janeiro, 1925.
- Bandeira Filho (A. Herculano de Sousa -)**: Dissertação, Recife, 1874.
- Bar (L. v. -)**: Gesetz und Schuld im Strafrecht (Lei e culpa no direito penal), Berlin, 1907.
- : Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen (A' doutrina da tentativa e comparticipação no crime), Hannover, 1859.
- Barreto (Tobias -)**: Estudos de direito, Rio, 1898.
- Barroso (José Liberato -)**: Questões praticas de direito criminal, Rio, 1866.
- Bastos (Filinto Justiniano Ferreira -)**: Breves lições de direito penal, Bahia, 1899.
- : Estudos de Direito Penal, Bahia, 1911.

Bastos (Tavares -): A extradição inter-estadual, S. Paulo, 1927.

Battenberg (Ludwig -): Das auf Befehl begangene Verbrechen (O crime cometido por ordem), Breslau, 1916.

Baumgarten: Die Lehre vom Versuch des Verbrechens (A doutrina da tentativa do crime), Stuttgart, 1888.

Beauchet (Ludovic -): Traité de l'extradition, Paris, 1899.

Bekzadian: Der agent - provocateur, Zuerich, 1913.

Beling (Ernst -): Die Lehre vom Verbrechen (A doutrina do crime), Tuebingen, 1906.

— : Grundzuege des Strafrechts (Elementos de direito penal), Tuebingen, 1919.

— : Methodik der Gesetzgebung insbesondere der Strafgesetzgebung (Methodologia da legislação, especialmente da legislação penal), Berlin, 1922.

Berg (Otto -): Der gegenwaertige Stand der Schuldlehre im Strafrecht (O estado actual da doutrina da culpa no direito penal), Breslau, 1927.

Bernreither (J. M. -): Jugendfuersorge und Strafrecht in Vereinigten Staaten v. America (Assistencia a menores e direito penal nos Estados Unidos da America), Leipzig, 1905.

Bevilaqua (Clovis -): Direito das Obrigações, Bahia, 1896.

Bierling (E. Rudolf -): Juristische Principienlehre, Tuebingen, 4 vols., 1894, 1898 1905 1911.

Binding (Karl -): Handbuch des Strafrechts (Manual de direito penal), Leipzig, 1885.

— : Die Normen und ihre Uebertretung (As normas e sua violação), Leipzig, 1890, 2 vols.

— : Grundriss des Gemeinen Deutschen Strafrechts (Compendio de direito penal), Leipzig, 1897.

- Bintz** (Werner -) : Die Teilnahme bei fahrlässig begangenen Handlungen (A comparticipação nos actos culposos, Berlin, 1895.
- Birkmeyer** (Karl -) : Die Lehre von der Teilnahme (A doutrina da codeinquinencia), Berlin, 1890.
- Blanche** (Antoine -) : E'tude Pratique sur le Code Pénal, Paris 1861 - 1872, 11 vols.
- Boitard** (Joseph Edouard -) : Leçons de droit criminel, Paris, 1872. Idem, ed. de Villey, Paris, 1890.
- Bonfils** (Henri -) : Manuel de Droit International Public, Paris, 1901.
- Bonnafont** : Responsabilité des sourds-muets, Paris, 1879.
- Borciani** (Alberto -) : Dei reati di ribellione e violenza pubblica, Torino, 1887.
- Bouvier** : De la responsabilité civile et pénal des personnes morales, Paris, 1889.
- Briggs** (Arthur -) : Extradicação, Rio, 1909.
- Britto** (Lemos -) : As leis de menores no Brasil, Rio de Janeiro, 1929.
- Brouardel** (P. -) : Les empoisonnements criminels et accidentels, Paris, 1902.
- Brusa** (Emilio -) : Saggio di una dottrina generale del reato, Torino, 1884.
- Bueno** (José Antonio Pimenta -) : Direito Internacional Privado, Rio, 1865.
- Buri** (M. v. -) : Gesammelte Abhandlungen (Collecção de dissertações), 1894.

C

- Cabanés** (Augustin -) : Les Indiscrétions de l'Histoire, 5.^e série, Paris, s. d.
- Cadalso** (Fernando -) : Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos, Madrid, 1914.
- Calker** (Fritz van -) : Die Delikte gegen das Urheberrecht (Os delitos contra os direitos de autor), 1894.
,, Grundriss des Strafrechts (Compendio de direito penal), Muenchen, 1916.
- Calón** (Eugenio Cuello -) : Derecho Penal, parte general, Barcelona, 1926.
— : El Nuevo Código Penal Español (Exposición y comentario), Barcelona, 1929.
— : El Proyecto de Código Penal Alemán de 1919, Madrid, 1924.
— : Penologia, Madrid, 1920.
— : Tribunales para niños, Madrid, 1917.
- Calvo** (M. Charles -) : Le Droit International Théorique et Pratique, Paris, 1880-1881, 4 vcs.
- Camargo** (Joaquim Augusto de -) : Direito Penal Brasileiro, S. Paulo, 1881, 2 vols.
- Canonico** (Tancredo -) : Introduzione allo studio del Diritto Penale, Pavia, 1867.
- Carmignani** (Giov. A. -) : Elementa juris criminalis, 1808, trad. italiana de C. Dingli, Malta, 1847.
- Carneiro** (Levi -) : A nova legislação da infancia, Rio, 1924.
- Carrara** (Francisco -) : Opuscoli, Firenze, 1888, 7 vols.
— : Programma del corso di diritto criminale, Firenze, 1902, 2 vols.
(Parte generale).
— : Programma del corso di diritto criminale (Parte speciale), Firenze, 1900, 7 vols.

- Carvalho** (Adherbal de -): Prelecções de direito penal, Rio de Janeiro, 1914.
- Carvalho** (Carlos Augusto de -): Nova Consolidação das Leis Civis, Rio, 1899.
- Castro** (Araujo -): Manual da Constituição Brasileira, Rio, 1920.
- Castro** (Viveiros de -): Questões de Direito Penal, Rio de Janeiro, 1900.
— : Jurisprudencia criminal, Rio, 1900.
- Chassan**: Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse, Colmar, 1837, 2 vols.
- Chauveau-Hélie** (Ad. -): Théorie du Code Penal, Bruxelles, 1863, 3 vols. (ed. J. S. G. Nypels).
- Chaves** (João -): Sciencia Penitenciaria, Lisboa 1912.
- Civoli** (Cesare -): Trattato di Diritto Penale, Milano, 1912, 5 vols.
- Coelho** (Henrique -): A Constituição de 1891 e a Constituição de 1901, S. Paulo, 1903.
- Cogliolo** (Pietro -): Completo Trattato teorico e pratico di Diritto Penale, Milano, 1888, 10 vols.
- Cornejo** (A. Gustavo -): Comentario al Nuevo Código Penal, Lima, 1926.
- Costa** (Affonso -): Commentario ao Codigo Penal Português, Coimbra, 1895.
- Costa** (Edgard -): Repertorio de jurisprudencia criminal, Rio de Janeiro, 1916.
- Crivellari** (Giulio -): Dei reati contro la vita e contro l'integritá personale, Torino, 1885.
— : Il Codice Penale interpretato, 1890-1898, 8 vols.

Cuche (J. -) : Du crime d'incendie, Delémont, 1890.

Cuche (Paul -) : Précis de droit criminel, Paris, 1927.

D

Dahm (Georg -) : Taeterschaft und Teilnahme (Autoria e participação), Breslau, 1927.

Dahn (Julio Felix -) : Die Vernunft im Recht (A razão no direito), Berlin, 1897.

Degois (C. -) : Traité élémentaire de droit criminel, Paris, 1912.

Delaquis (Ernst -) : Der untaugliche Versuch (A tentativa inidonea), Berlin, 1904.

Domogue (René -) : De la réparation civile des délits, Paris, 1898.

— Obligations, Paris, 1923.

Digesto italiano — Enciclopedia diretta da Luigi Lucchini, Torino.

Drummond (Lima -) : Direito Criminal (prelecções), Rio de Janeiro, 1915.

E

Escorel (Manuel Clementino de Oliveira -) : Código Penal Brasileiro, S. Paulo, 1905.

Evans : The criminal prosecution and capital punishment of the animals, London, 1906.

Exner (Franz -) : Die Theorie der Sicherungsmittel (A teoria dos meios de segurança), Berlin, 1914.

— : Das Wesen der Fahrlässigkeit (A essência da culpa), Leipzig, 1910.

F

- Fabreguettes** (P. -) : *Traité des délits politiques et des infractions par la parole, l'écriture et la presse*, Paris, 1901, 2 vols.
- Ferri** (Enrico -) : *Ditese penali e studi di giurisprudenza*, Torino, 1899.
— : *Principii di Diritto Criminale*, Torino, 1928.
- Ferrini** (Contardo -) : *Diritto Penale Romano*, Milano, 1902.
- Filangieri** (Gaetano -) : *La Scienza della Legislazione*, Venezia, 1782 -1786, 7 vols.
- Finger** (August -) : *Das oesterr-Strafrecht (Direito penal austriaco)*, Berlin, 1894.
— : *Lehrbuch d. deutschen Strafrechts (Tratado de direito penal alemão)*, Berlin, 1904.
- Fiore** (Pasquale -) : *Traité de Droit Pénal International et de l'Extradition*, Paris, 1880, 2 vls.
— : *Effeti intern. delle sentenze e degli atti*, Piza, 1877.
- Fioretti** (Giulio -) : *Su la legittima difesa*, Roma, 1886.
- Florian** (Eugenio -) : *Parte generale del Diritto Penale*, Milano, 1926, 2 vols.
- Frank** (Reinhard -) : *Das Strafgesetzbuch fuer das Deutche Reich (Codigo Penal do Imperio Allemão)*, Tuebingen, 1919.
- Freirii** (Paschalis Josephi Mellii -) : *Institutionum Juris Criminalis Lusitani*, Conimbricae, 1860.
- Friedrich** (Julius -) : *Die Bestrafung der Motive und die Motive der Bestrafung (A punição dos motivos e os motivos da punição)*, Berlin, 1910.
- Fuensalida** (Alejandro -) : *Concordancias y comentarios del Código Penal Chileno*, Lima, 1883, 3 vols.

G

- Gabba** (C. F. -) : Della retroattività in materia penale, Pisa, 1869.
- Gache** (Roberto -) : La delincuencia precoz, Buenos Aires, 1916.
- Gallet** (Henri -) : La Notion de la Tentative Punissable, Paris, 1899.
- Gand** (Maurice -) : Le délit de commission par omission, Paris, 1900.
- Garçon** (E. -) : Code Pénal annoté, Paris, 1901 a 1906.
— : Le droit pénal, Paris, 1922.
- Garofalo** (R. -) : Criminologia, Torino, 1885.
- Garraud** (R. -) : Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français, Paris, 1888-1902, 6 vols.
- Gautier** (Alfred -) : Etude sur le crime d'incendie, Geneve, 1884.
- Geib** (Karl Gust. -) : Lehrbuch d. deut. Strafrecht (Tratado de direito penal alemão), Leipzig, 1861-1862.
- Gengler** : Die strafrechtliche Lehre von Verbrechen der Vergiftung (A doutrina penal do crime de envenenamento) Bamberg, 1843-43, 2 vols.
- Gerland** (Heinrich B. -) : Der Entwurf 1925 (O projecto de 1925), Berlin, 1925.
— : Grundfragen des Strafrechtes (Questões fundamentais de direito penal), Berlin, 1918.
- Gessler** (Th. -) : Ueber den Begriff und die Arten des Dolus (Acêrca do conceito e das especies do dolo), Tuebingen, 1860.
- Geyer** (August -) : Grundriss zu Vorlesungen ueber gemeines deutsches Strafrecht (Programma para preleções; sobre direito penal commum alemão), Muenchen, 1884.

- : Kleinere Schritten (Escriptos menores), Muenchen, 1889.
 - Eroerterungen ueber den allgemeinen Tatbestand der Verbrechen (Discussões sobre o conteúdo geral dos crimes), 1862.
 - : Die Lehre von den Nothwehr (A doutrina da legitima defesa), Iena. 1857.
- Gierke** (O. F. -) : Das deutsche Genossenschaftsrecht (Direito corporativo allemão), Berlin, 1868-1881, 3 vols.
- Girginoff** : Der bindende Befehl im Strafrecht (A ordem vinculativa no direito penal), Leipzig, 1904.
- Giudice** (P. del -) : I processi e le pene degli animali, Napoli, 1884.
- Giunta** : Trattato degli omicidi qualificati, Messina, 1872.
- Giuriati** (Giovanni -) : Delitti contro la proprietà, Milano, 1913.
- Glaser** (Julius -) : Abhandlungen aus dem oesterreichischen Strafrecht (Dissertações de direito penal austriaco), Wien, 1858.
- : Studien zum Entwurf des oesterr. Strafgesetzes (Esudos para o projecto de codigo penal austriaco), Wien, 1870.
- Goetze** (Eberhard -) ; Die mildernden Umstaende (As circunstancias attenuantes) Goettingen, 1893.
- Gordo** (Adolpho -) : Lei de imprensa, Rio, 1924.
- Gottschalk** (Alfredo -) : Materialien zur Lehre von der verminderten Zurechnungsfahigkeit (Materiaes para a doutrina da imputabilidade minorada), Berlin, 1904.
- Graesel** (Rudolf -) : Die Unterlassungsdelikte im auslaendischen Strafrecht (Os delictos de omissão no direito penal estrangeiro), Breslau, 1909.
- Grasserie** (Raoul de la -) : Des principes sociologiques de la criminologie, Paris, 1901.

Gretener (X. -) Beguenstigung und Hehlerei (Favorecimento e receptação), 1879
— : Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage (A imputabilidade como problema legislativo), Berlin, 1897

Griffe (Clément -) Les Tribunaux pour enfants, Paris, 1914.

Grispigni (Filippo -) La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato, Milano, 1920

Guckenheimer (Ed. -) : Der Begriff der ehrlosen Gesinnung im Strafrecht (O conceito do sentimento deshonroso no direito penal), Hamburg, 1921.

Gueux : Relation de cause à effet dans les obligations extra-contractuelles, Lausanne, 1904

Gusmão (Chrysolito de -) : Direito Penal Militar, Rio, 1915.

Gusmão (M. A. -) : Causa julgada no civil, no crime e no direito internacional, S. Paulo, 1922.

Gusti (Demetrius -) Die Grundbegriffe des Pressrechts (Noções fundamentais do direito de imprensa), Berlin, 1909.

Guyanga (E. Jannitti di -) : Concorso di piu persone e valore del pericolo nei delitti colposi, Milano, s. d.

Gyr (Adelrich -) : Die Vergiftung als Gefahrdungsdelikt (O envenenamento como delicto de periclitação), Leipzig, 1904.

H

Haelschner : Das gemeine deutsche Strafrecht (Direito penal alemão commum), Bonn, 1881-1887, 2 vols.

Hafter (Ernst -) Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts (Tratado de direito penal suíço), Berlin, 1926

- Hamel** (G. A. van -) : Inleiding tot de studie van het nederlandsche Strafrecht (Introdução ao estudo do direito penal hollandês), Haarlem, 1913.
- Hamon** (A. -) Determinismo e responsabilidade, Lisboa, 1900, trad. Bel-Adam.
- Haus** (J. J. -) Principes Généraux de Droit Penal, Paris, 1885, 2 vols
- Heffter-Geffcken** : Das europaeische Voelkerrecht der Gegenwart (O direito internacional europeu de actualidade), 1888.
- Hegler** (August -) : Prinzipien des internationalen Strafrechts (Principios de direito penal internacional), Breslau, 1906.
- Heilborn** (Paul -) : Voelkerrecht (Direito das gentes), 1896
- Hemmen** (Heinrich -) : Ueber den Begriff, die Arten und den Beweis des dolus (A proposito da noção, especies e prova do dolo), Breslau, 1909.
- Herr** (Paul -) Das moderne amerikanische Besserungssystem (O moderno systema americano de correção), Leipzig, 1907
- Herrera** (J. -) : La reforma penal, Buenos Aires, 1911.
- Herzog** (R. -) : Ruecktritt vom Versuch und thaetige Reue (Desistencia da tentativa e arrependimento activo), Wuerzburg, 1889.
- Hippel** (Robert v. -) Deutsches Strafrecht (Direito penal allemão), Berlin, 1925.
— : Die Grenze von Vorsatz und Fahrlaessigkeit (Os limites do dolo e da culpa), Leipzig, 1903.
- Hoche** (A. -) Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie (Manual de psichiatria forense), Berlin, 1909.
- Hoffmann** (Hugo -) Der Taubstumme im franzoesischen und im deutschen Rechte (O surdo-mudo no direito francês e allemão), Wien, 1914.

- Holtzendorff** (Fr. v. -) : Handbuch des deutsche Strafrechts (Manual de direito penal alemão), Berlin, 1871, 4 vols.
- : Die Auslieferung der Verbrecher u. d. Asylrecht (A extradição dos criminosos e o direito de asylo), Berlin, 1881.
- : Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe (O crime de assassinio e a pena de morte), Berlin, 1875.
- Rechtslexikon (Diccionario juridico), Leipzig, 1881, 4 vols.
- : Handbuch des Voelkerrechts (Manual de direito das gentes,) Berlin, 1885-1889, 4 vols.

I

- Ibach** (Victor -) Die Anstiftung (A instigação), Breslau, 1912.
- Impallomeni** (G. B. -) : Istituzioni di Diritto Penale, Torino, 1908.
- : L'Omicidio nel Diritto Penale, Torino, 1900.

J

- Jacobs** (K. -) : Schutzobjekt und Tatobjekt (Objecto de protecção e objecto de facto), Strassburgo, 1914.
- Janka** : Das oesterreichische Strafrecht (Tratado de direito penal austriaco), 1902.
- Jellinek** (Giorgio -) : Sistema dei diritti pubblici subbietivi, Milano, 1912.
- Jhering** (Rudolph von -) : Der Zweck im Recht (A finalidade no direito), Leipzig, 1886, 2 vols.
- Jonge** : Uitlevering van eigen onderdanen, (Extradição dos propris subditos), Leiden, 1884.

- Jordão** (Levy Maria -) : Código Penal Português, Lisboa, 1864, 2 vols., contendo o primeiro vol. o relatório e o segundo o projecto.
- : Commentario ao Código Penal Português, Lisboa, 1853, 4 vols.

K

- Kallina** (Emilian Frh. v. -) : Nothwehr gegen Amtshandlungen (Legítima defesa contra actos funcçãoaes), Praga, 1898.
- Katzenstein** (Richard -) : Die Straflosigkeit der actio libera in causa (A impunibilidade da actio libera in causa,) Berlin, 1901.
- Keraval** : Des mesures á prendre á l'égard des aliénés criminels, Pau, 1904.
- Koestlin** (Reinhold -) : System des deutschen Strafrechts (Systema de direito penal allemão), Tuebingen, 1855.
- Kohler** (Josef -) : Studien aus dem Strafrecht (Estudos de direito penal), fasciculos 1-6, Mannheim, 1890.
- Kohlrausch** (Ed. -) : Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht (Erro e culpa no direito penal), Berlin, 1903.
- Kraehling** (Julian -) : Die pressrechtliche Berichtigungspflicht (O dever de rectificação no direito de imprensa), Breslau, 1917.
- Kueck** (Gerhard -) : Die Lehre vom Kausalzusammenhange im auslaendischen Strafrecht (A doutrina do nexo de causalidade no direito penal estrangeiro), Breslau, 1911.
- Kuziatin** (Witaly -) : Die Unverantwortlichkeit der Abgeordneten rechtsvergleichend dargestellt (A irresponsabilidade dos deputados em direito comparado), Breslau, 1914.

L

- Lacassagne - Martin (A. -)** : Compendio de Medicina Legal (trad. espan. de Anguera de Sojo), Barcelona, 1912, 2 vols.
- Laget - Valdeson et Louis Laget** : Théorie du code pénal espagnol comparé avec la législation française, Paris, 1860.
- Lammasch (Heinrich -)** : Auslieferungspflicht und Asylrecht (O dever de extradição e o direito de asylo), Leipzig, 1887.
— : Diebstahl und Beleidigung (Furto e injuria), Wien, 1893.
- Lammasch - Rittler (Heinrich -)** : Grundriss des oesterreichischen Strafrechts (Compendio de direito penal austriaco), Wien, 1926.
- Landsberg** : Die sogenannte Kommissionsdelikte durch Unterlassung (Os chamados delictos commissivos por omissão), Freiburg, 1890.
- Legrand** : La préméditation, Paris, 1888.
- Leite Filho (Solidonio -)** : Commentarios á lei de imprensa, Rio, 1925.
- Lemos Sobrinho (Antonio -)** : Legitima defesa, Rio, 1925.
- Lessa (Pedro)** O determinismo psychico e a imputabilidade e responsabilidade criminaes, S. Paulo, 1905.
- Leto** : Gli atti di esecuzione nel tentativo, Palermo, 1908.
- Levita (Carl -)** : Das Recht der Nothwehr (O direito de legitima defesa), Giessen, 1856.
- Liepmann (Moritz -)** : Einleitung in das Strafrecht (Introdução ao direito penal), Berlin, 1900.
— : Amerikanische Gefaengnisse und Erziehungsanstalten (Prisões americanas e institutos de educação), Mannheim, 1927.

- Lilienthal** (K. v. -) : Der Ort u. Zeit der begangenen Handlung im Strafrechte (Lugar e tempo da acção no direito criminal), Marburg, 1890.
- : Grundriss zur Vorlesung ueber deutsches Strafrecht (Programma de prelecções sobre direito penal allemão), Marburg, 1900.
- Lima** (Agostinho J. de Sousa -) : Tratado de medicina legal, Rio, 1924.
- Liszt** (Franz v. -) : Strafrechtsfaelle zum akademischen Gebrauche (Casos de direito penal para uso academico), Jena, 1920.
- : Das deutsche Reichs-Pressrecht (O direito de imprensa do imperio allemão), Berlin, 1880.
- Liszt-Schmidt** (Franz v. -) : Lehrbuch des Deutschen Strafrechts (Tratado de direito penal allemão), Berlin, 1927.
- Lobo** (Estevam -) : Auctoria collectiva e cumplicidade, Rio, 1897.
- Loening** (Richard -) : Grundriss des deut. Strafrechts (Compendio de direito penal allemão), Berlin, 1885.
- Loening** : Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht (Tratado de direito administrativo allemão), Leipzig, 1884.
- Lombroso** (Cesare -) : Troppo presto, Torino, 1887.
- Longhi** (Silvio -) : La legittimità della resistenza agli atti dell'autorità nel diritto penale, Milano, s. d.
- Longo** (Michele -) : Commento al codice penale italiano, Torino, 1911, 2 vols.
- Loureiro** (Osman -) : Modificativos da pena no direito brasileiro, Rio, 1927.
- Luis** (Francisco -) : Codice Criminal do Imperio, teorica e — praticamente annotado, Maceió, 1885.

M

- Machado** (Alcantara -): A embriaguez e a responsabilidade criminal, S. Paulo, 1894.
- Maisonneuve** (Richard -): Exposé de droit penal, Paris, 1874.
- Majno** (Luigi -): Commento al Codice Penale Italiano, Verona, 1890.
- Malatesta** (Nicola Framarino dei -): Studio sulla comunicazione delle circostanze nel delitto, Napoli, 1887.
- Manso** (M. da Costa -): Casos julgados, S. Paulo, 1920.
- Manzini** (Vincenzo -): La recidiva, Firenze, 1899.
— : Trattato di diritto penale, Torino, 1908.
- Marchesini** (Amilcar -): Liberdade dos mares, Rio de Janeiro, 1925.
- Marciano** (Gennaro -): Il titolo decimo del Codice Penale Italiano, Napoli, 1890.
- Marques** (Joaquim Candido de Azevedo -): Menores abandonados e delinquentes, S. Paulo, 1925.
- Marques** (Silva -): Elementos de direito publico e constitucional, Rio, 1911.
- Martreau**: La causalité dans la responsabilité civile, Aix, 1914.
- Martins** (Pedro -): Da competencia penal internacional segundo a lei portuguesa, 1902.
- Martitz**: Internationale Rechtshuelfe in Strafsachen, 1888-1897, 2 vols.
- Masini**: La colpa nel diritto penale, Pesaro, 1890.
- Matta** (Caeiro da -): Direito Criminal Português, Coimbra, 1911.

- Matteotti** (Giacomo -) : *La Recidiva*, Torino, 1910.
- Mattos** (Julic de -) : *Elementos de psychiatria*, Porto, 1911.
- Maurach** (Reinhart -) : *System des russischen Strafrechts* (Systema de direito penal russo), Berlin, 1928.
- Maxwell** (J. -) : *O crime e a sociedade*, Lisbôa, s. d.
- Mayer** (Max Ernst -) : *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts* (Parte geral do direito penal alemão), Heidelberg, 1915.
- : *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht* (O nexó de causalidade entre a acção e o resultado no direito penal), Freiburg, 1899.
- Mayer** (Otto -) : *Die Auslieferung eigner Unterthanen* (A extradição dos proprios subditos), Augsburg, 1891.
- Mecacci** (Ferdinando -) : *Trattato di Diritto Penale*, Torino, 1901, 2 vols.
- Medeiros** (Tavares de -) : *Legislation pénal comparée, de v. Liszt e Cruson*, Berlin, 1894, 2 vols.
- Mello Junior** (Vicente de Moraes -) : *O questionario do Jury*, S. Paulo, 1908.
- Mendonça** (M. I. Carvalho de -) : *Doutrina e pratica das obrigações*, Rio, 1911, 2.^a ed., 2 vols.
- Mercier** (André -) : *De la tentative et spécialement du délit impossible*, Lausanne, 1901.
- Merkel** (Adolf -) : *Kriminalistische Abhandlungen* (Dissertações criminaes). Leipzig, 1867
- : *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (Tratado de direito penal alemão), Stuttgart, 1889.
- : *Juristische Enzyklopaedie* (Encyclopedia juridica), 1913.
- Merkel** (P. -) : *Begehung durch Unterlassung* (Perpetração do delicto por omissão), 1895.

- Mestre** (A. -) : Les personnes morales et le probleme de leur responsabilité pénale Paris 1899
- Meyer** (Hugo-) : Der Anfang der Ausfuehrung (O começo de execução), Tuebingen, 1892.
- Meyer - Allfeld** (Hugo -) : Lehrbuch des Deutschen Strafrechts (Tratado de direito penal alemão), Leipzig, 1911.
- Meyne** : Essai sur la retroactivité des lois repressives, Bruxelles, 1863.
- Micela** : Trattato sulle qualifiche del furto, Palermo, 1897.
- Milton** (Aristides A. -) : A Constituição do Brasil, Rio, 1898.
- Mineiro** (Dra. Beatriz Sofia -) : Codigo dos menores commentado, S. Paulo, 1929.
- Minozzi** (Alfredo -) : Studio sul danno non patrimoniale. Danno morale. Milano, 1901.
- Mittelstaedt** (Otto -) : Gegen die Freiheitsstrafen (Contra as penas privativas da liberdade), Leipzig, 1879
- Mommsen** (Theodor -) Roemisches Strafrecht (Direito penal romano), Lepzig, 1899.
- Monte** (Octavio Pimentel do -) : Ensaio de direito penal, Rio de Janeiro, 1923.
- Monteiro** (João -) : Aplicações do direito, S. Paulo, 1909.
- Montero** (Pedro Dorado -) : El derecho protector de los criminales, Madrid, 1913.
- Moraes** (Evaristo de -) : Criminalidade da Infancia e da Adolescencia, Rio de Janeiro, 1916.
— : Problemas de direito penal e de psychologia criminal, Rio, 1820.
- Mori** (F. A. -) : Scritti germanici di diritto criminale, Livorno, 1846, 4 vols.

Mosca (Tommaso) - (: Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa, Roma, 1896.

Muralt : Die parlamentarische Immunitaet in Deutschland und der Schweiz (A immuniidade parlamentar na Alemanha e na Suissa), Zuerich, 1902,

N

Nachat (Hassan -) : Les Jeunes Délinquants, Paris, 1913.

Naecke (P. -) : Die Unterbringung geisteskranken Verbrecher (A internação dos alienados criminosos), Halle, 1912

Negropontes (Miltiades -) : Zustaendigkeit der Staaten fuer die auf dem Meere begangenen Delicte (A competência dos Estados acêrca dos delictos commettidos no mar), Berlin, 1894.

Neumeyer : Historische und dogmatische Darstellung des strafbaren Bankrotts (Exposição historica e dogmatica da fällencia criminosa), 1891.

Nézard (Henry -) : Les principes généraux du droit disciplinaire, Paris, 1903.

Nicolini (Nicola -) : Le Questioni di diritto, ed. Capocelli, Napoli, 1887

Nypels - Servais (J. S. G. -) : Le Code Pénal Belge, Bruxelles, 1896.

O

Obarrio (Manuel -) : Curso de Derecho Penal, Buenos Aires, 1902.

Olshausen (Justus von -) : Kommentar zum Strafgesetzbuch fuer das Deutsche Reich (Commentario ao Codigo Penal do Imperio Allemão), Berlin, 1916.

- Oneca** (José Antón -) : Derecho penal, Madrid, 1922.
- Orano** (Giuseppe -) : La recidiva nei reati, Roma, 1883.
- Orlando** (V. E. -) : Primo trattato completo diritto amministrativo italiano, Milano, 1908, 6 vols.
- Ortiz** (Fernando -) : Proyecto de Código Criminal Cubano, Habana, 1926.
- Ortolan** (Joseph Louis Elzéan -) : E'lements de droit pénal, ed. Bonnier, Paris, 1875, 2 vols.
- Osenbrueggen** (Eduard -) : Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht (Dissertações de direito penal alemão), Erlangen, 1857.

P

- Paccaud** (Auguste -) : Du régime de la presse, Lausanne, 1887.
- Pacinotti** (Giovanni -) : L'impiego nella amministrazione, Torino, 1907.
- Pandectas Brasileiras**, de Espinola.
- Peco** (José -) : La Reforma Penal Argentina de 1917-20, Buenos Aires, 1921.
- Peixoto** (Afranio -) : Elementos de medicina legal, Rio, 1914.
- Pellegrini** (Benedetto -) : Del tentativo, Torino, 1914.
- Perdigão** (Carlos Frederico Marques -) Manual do Codigo Penal Brasileiro, Rio, 1882, 2 vols.
- Perels** (F. -) : Das internationale oeffentliche Seerecht der Gegenwart (O direito internacional publico marítimo da actualidade), Berlin, 1903.

- Pessina** (Enrico -) : Enciclopedia del Diritto Penale Italiano, Milano, 1905-1913, 14 vols.
— : Elementi di Diritto Penale, Napoli, 1883.
- Phillimore** (Robert -) : Commentaries upon International Law, London, 1882-1889, 4 vols.
- Prins** (A. -) : Science pénale et droit positif, Bruxelles, 1899.
- Protokoll** der zweiten Expertenkommission (Procés-verbal de la deuxième commission d' experts), Zuerich, 1912, 9 vols
- Proyecto de Código Penal** para la Republica Argentina, Buenos Aires, 1906.
- Puglia** (Ferdinando -) : Delitti contro la persona, Milano, s. d. (ed. Vallardi).

R

- Radbruch** (Gustav -) Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung f. das Strafrechtssystem (O conceito da acção em sua importancia para o direito penal), 1904.
- Randa** (A. Ritter v. -) Die Schadenersatzpflicht (O dever de reparar o damno), Wien, 1908.
- Redslob** (Robert -) : Die Kriminelle Unterlassung (A omissão criminosa), Breslau 1099.

REVISTAS :

- Annaes forenses.
Archivo de Criminologia e Medicina Legal, de Cracovia, 1926-1927
- Bulletin de l'Union Intern. de Droit Pénal, Berlin.
- Gazeta Juridica, de S. Paulo.
- Gerichtssal (Sala de audiencia), Stuttgart

Monatsschrift fuer Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
(Revista mensal de psychologia criminal e de reforma penal), Heidelberg.

O Direito, Rio

Progresso del diritto penale.

Revista Academica, do Recife.

Revista de Criminologia e Medicina Legal, de S. Paulo.

Revista de critica judiciaria, do Rio.

Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo.

Revista forense, de Minas Geraes

Revista Juridica, do Rio.

Revista de Jurisprudencia, Rio.

Revista de Jurisprudencia Brasileira, Rio.

Revista do Supremo Tribunal Federal, Rio.

Revista dos Tribunaes, S. Paulo.

Révue de droit international, Bruxelles.

Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles.

Révue pénitentiaire et de droit penal, Paris.

Rivista di diritto e procedura penale, Milano.

Rivista Penale, de Lucchini, Torino.

Scuola Positiva, de Ferri e outros, Milano.

Zeitschrift fuer die gesamte Strafrechtswissenschaft (Revista geral das sciencias penaes), de v. Liszt.

Zeitschrift fuer Schweizer Strafrecht (Revista de direito penal suisso), Berna.

Ripert (Georges -) : La règle morale dans les obligations civiles, Paris, 1927.

Rivarola (Rodolfo -) : Exposición y critica del Derecho Penal de la Republica Argentina, Buenos Aires, 1890,
3 vols.

— : Derecho Penal Argentino, Madrid, 1910.

Rocco (Amedeo -) : Esame critico della premeditazione, Lanciano, 1927.

Rocco (Arturo -) : L' oggetto del reato, Milano, 1913.

Rocha (Franco da -) : Esboço de psiquiatria forense. S. Paulo 1904

- Rohland** (W. v. -) : Die Kausalitätslehre des Strafrechts (A doutrina penal da causalidade), 1903.
- Roux** (J. A. -) : Cours de Droit Pénal e de Procédure Pénale, Paris, 1920
- Ruemelin** (M. -) : Die Verwendung der Kausalitätsbegriff im Strafrecht (A aplicação do conceito da causalidade no direito penal), 1900.

S

- Saint-Prix** (Berriat -) : Rapport et recherches sur les procès et jugements relatifs aux animaux, Paris, 1892
- Saldaña** (Quintiliano -) : El futuro código penal, Madrid, 1923
- Sailleis** (Raymond -) : L'individualisation de la peine, Paris, 1898.
- Sauer** (Wilhelm -) Grundlagen des Strafrechts (Bases de direito penal), Berlin, 1921.
- Schaffstein** (Friedrich -) : Die Behandlung der Schuldarte im ausländischen Strafrecht seit 1908 (As modalidades da culpa no direito penal estrangeiro desde 1908), Breslau, 1928.
- Scherma** (Salvatore -) : Il diritto di difesa, Palermo, 1897.
- Schneidler** : Der Ort und Zeit der begangenen Handlung (Lugar e tempo da acção delictuosa), Tübingen, 1886.
- Schottlaender** (Adolf -) : Die geschichtliche Entwicklung des Satzes : Nulla poena sine lege (A evolução histórica do principio : Nulla poena sine lege), Breslau, 1911.
- Schuetze** (Theodor Reinhold -) : Lehrbuch des Deutschen Strafrechts (Tratado de direito penal alemão), Leipzig, 1874.

- Schwartz** (Ernst -): Das Strafgesetzbuch fuer das Deutsche Reich (Codigo Penal do Imperio Allemão), Berlin, 1914.
- Seabra Junior** (Gregorio Garcia -): Delictos de imprensa, Rio, 1924.
- Seeger**: Ausbildung der Lehre vom Versuch in der Wissenschaft des Mittelalters (A formação da doutrina da tentativa na sciencia da idade media), Tuebingen, 1869.
- Sérieux** (Paul -) L'assistance des alienés en France, en Allemagne et en Suisse, Paris, 1903.
- Severiano** (Jorge -): Codigo Penal, Rio, 1923, 2 vols.
- Sighele** (Scipio -): La teorica positiva della complicitá, Torino, 1894, 2.^a ed.
- Siqueira** (Galdino -): Direito penal brasileiro, Rio de Janeiro, 1921 - 1924, 2 vols.
— : Projecto de Codigo Penal Brasileiro, Rio de Janeiro, 1913.
- Soares** (Antonio Joaquim de Macedo -): Estudos forenses, Rio, 1887.
- Soares** (Oscar de Macedo -): Codigo Penal de Republica dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, 1910.
- Sontag**: Die Redaktionsversehen des Gesetzgebers (Defeitos de redacção por parte do legislador), Freiburg, 1874.
- Stier-Somlo - Elster** (Fritz -): Handwoerterbuch der Rechtswissenschaft (Diccionario da sciencia do direito), Berlin, 6 vols.
- Stooss** (Carl -): Lehrbuch des oesterreichischen Strafrechts (Tratado de direito penal austriaco), Leipzig, 1913.
— : Die Grundzuege des schweizerischen Strafrechts (Elementos de direito penal suiso), Basel, 1892, 2 vols.

Stoppato : *L'evento punibile*, Padova-Verona, 1898.

Swinderen (O. Q. van -) : *Esquisse du Droit pénal actuel*, Groningue, 1891-1903, 10 vols.

T

Tarde (G. -) : *La philosophie pénale*, Paris, 1890. Idem, ed. de Paris, 1900.

Teixeira (Paulo Rodrigues -) : *Direito Penal*, S. Paulo, 1928.

Tejerina (Isaias S. Sanchez -) : *Teoria de los delitos de omisión*, Madrid, 1918.

Thibierge (Jacques -) : *La notion de la complicité*, Paris, 1898.

Thoinot (Henri Léon -) : *Précis de Médecine Légale*, Paris, 1913, 2 vols.

Thomsen (Andreas -) *Untersuchungen ueber den Begriff des Verbrechensmotivs (Disquisições sobre o conceito do motivo do crime)*, Muenchen, 1902.

Thyrén (Johan C. W. -) : *Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitaeststheorien (Observações ás teorias criminaes da causalidade)*, 1894.

Tiessen : *Die strafrechtlichen Wirkungen des rechtswidrigen Befehls (Os efeitos juridico-penaes da ordem illegal)*, Koenigsberg, 1911.

Tissot (Claude Joseph -) : *Le droit pénal étudié dans les lois des divers peuples du monde*, Paris, 1879 - 1880, 2.^a édit., 3 vols.

Toledo (Manuel Dias de -) : *Lições academicas sobre artigos do Codigo Criminal*, 2.^a ed., Rio, 1878.

Tolomei (Alberto Domenico -) : *Della truffa e di altre frodi*, Roma, 1915.

- : Il pentimento nel diritto penale, Torino, 1927.
- Tosti** (Alredo -) : La Colpa Penale, Torino, 1907.
— Delle Contravvenzioni, Milano, 1912.
- Traeger** (Ludwig -) : Der Kausalbegriff im Straf - und Zivilrecht (O conceito da causalidade no direito penal e civil), Marburg, 1904.
— Das Problem der Unterlassungsdelikte (O problema dos delictos de omissão), 1913.
- Trébutien** (E. -) : Cours élémentaire de droit criminel, Paris, 1854, 2 vols.
- Tuozzi** (Pasquale -) : Corso di Diritto Penale, 1890-98, Napoli, 1899, 4 vols.

V

- Valle** (Abel Pereira do -) : Anotações ao Livro Primeiro do Codigo Penal Português, Porto, 1895.
- Vannini** (O. -) : Il tentativo nella dottrina e nel Codice penale italiano, Torino, 1913.
— : I reati commissivi mediante omissione, Roma, 1916.
- Vasconcellos** (Vasco Smith de -) : As dirimentes do Codigo Penal, S. Paulo, 1923.
- Veiga Junior** (Didimo Agapito da -) : Da tentativa e da cumplicidade, Rio, 1871.
- Vera** (Robustiano -) : Código Penal de la Republica de Chile, Santiago, 1883.
- Vergara** (Pedro -) : Da legitima defesa subjectiva, Porto Alegre, 1929.
- Vergleichende Darstellung** des Deutschen und Auslaendischen Strafrechts (Exposição comparada do direito penal alemão e estrangeiro), Berlin, 1909.

Verhandlungen der Expertenkommission des Eidgenoessischen Justiz und Polizei-departements ueber den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch (Deliberações da Comissão de peritos nomeada pelo Departamento Federal de Justiça e Policia para dar parecer sobre um ante-projecto de Codigo Penal Suisso), Zuerich, 1983-1895, 2 vols.

Viazzi (Pio -) : Delle contravvenzioni, Milano, s. d.

Vidal (Georges -) : Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, Paris 1910

Vieira (A. X. Lopes -) : Medicina judiciaria e pericial, Coimbra, 1908.

Vilaseca (Salvador Viada y -) : Código Penal reformado de 1870, Madrid, 1890, 8 vols.

W

Wachenfeld (Friedrich -) : Die Ueberlegung in unserem heutigen Mordbegriff (A premeditação no nosso conceito actual do homicidio), Herfeld, 1887.
— : Strafrecht (Direito Penal), Leipzig, 1904.

Waechter (Carl G. v. -) : Vorlesungen u. deut. Stratr. (Preleções de direito penal,) Leipzig, 1881.

Weinberg : Teilnahme an fahrlaessigen Handlungen (Comparticipação nas acções culposas), Freiburg, 1904.

Wilmanns (Karl -) : Die sogenannte verminderte Zurechnungsfahigkeit (A chamada imputabilidade minorada), Berlin, 1927.

Wuttig : Fahrlaessig Teilnahme im Verbrechen (Comparticipação culposa no crime), Breslau, 1902.

Z

Zachariae (H. A. -) : Die Lehre vom Versuche der Verbrechen (A doutrina da tentativa dos crimes), Goettingen, 1836, 2 vols.

Ziino (Giuseppe -) : La fisiopatologia del delitto, Napoli, 1831.

Zimmermann (Friedrich -) : Die Grundbegriffe des französisch-belgischen Press Strafrechts (Noções fundamentais do direito de imprensa franco-belga), Breslau, 1907.

INDICE

A

Aberratio ictus	170	Arrombamento - art. 39, § 11	339
Abuso de confiança	320	Art. 1	1
Acção de perdas e danos	242	" 2	6
Acoitamento de assassinos e roubadores - art. 21, § 4.º	105	" 3	17
Actio libera in causa	194	" 4	24
Actos de crueldade - art. 41, § 2.º	375	" 5	24
Actos exteriores, que não constituem começo de execução criminosa - art. 10	58	" 6	44
Actos preparatorios	58	" 7	48
Actos preparatorios como crimes especiaes	60	" 8	53
Agentes do crime - art. 17	81	" 9	57
Agente provocador	96	" 10	58
Aggravantes - arts. 36, 39 e 41	279-293-375	" 11	61
Agressão - art. 42, § 5.º	389	" 12	61
Agressão actual - art. 34, n.º 1	256-260	" 13	64
Aguas territoriaes	31	" 14	73
Ajuste - art. 39, § 13.º	349	" 15	79
Aleivosia	323	" 16	80
Alienação mental - art. 29	220	" 17	81
Ameaças - arts. 27, § 5.º e 42, § 7.º	201-393	" 18	89
Amo - art. 39, § 9.º	329-333	" 19	100
Analogia	5	" 20	103
Anestheticsos - art. 39, § 3.º	304	" 21	105
Animaes (processos e penas contra)	154	" 22	120
Anonymato	130	" 23	120
Apparelhos de navegação aérea	35	" 24	132
Applicação da lei penal - arts. 1.º 3.º, 4.º e 5.º	1-17-24	" 25	154
Arbitrio do juiz	228-290	" 26	160
Armas - art. 39, § 5.º	317	" 27, § 1.º e 2.º	176
		" 27, § 3.º	185
		" 27, § 4.º	189
		" 27, § 5.º	201
		" 27, § 6.º	205
		" 27, § 7.º	207
		" 28	212
		" 29	220
		" 30	228
		" 31	230
		" 32, § 1.º	243

Art. 33		243
" 32	§ 2.º	256
" 34		256
" 35	§ 1.º	269
" 35	§ 2.º	275
" 36		279
" 37		285
" 38		286
" 39	§ 1.º	293
" 39	§ 2.º	298
" 39	§ 3.º	304
" 39	§ 4.º	311
" 39	§ 5.º	317
" 39	§ 6.º	320
" 39	§ 7.º	323
" 39	§ 8.º	327
" 39	§ 9.º	329
" 39	§ 10.º	336
" 39	§ 11.º	339
" 39	§ 12.º	346
" 39	§ 13.º	349
" 39	§ 14.º	352
" 39	§ 15.º	354
" 39	§ 16.º	357
" 39	§ 17.º	358
" 39	§ 18.º	359
" 39	§ 19.º	362
" 40		362
" 41		375
" 42	§ 1.º	380
" 42	§ 2.º	385
" 42	§ 3.º	387
" 42	§ 4.º	388
" 42	§ 5.º	389
" 42	§ 6.º	392
" 42	§ 7.º	393
" 42	§ 8.º	394
" 42	§ 9.º	395
" 42	§ 10.º	399
" 42	§ 11.º	407
Ascendentes - arts. 39, § 9.º		
e 42, § 2.º		329-385
Asphyxia - art. 39, § 3.º		304
Asylo a criminosos - art. 21		105
Asylos para bebedores		401
Atenção ordinaria - art. 27		
§ 6.º		205
Attenuantes - arts. 36, 38 e		
42		279-286-380
Auditorios de justiça - art. 39		
§ 14.º		352
Ausencia de provocação		264
Autor - arts. 17 e 19		81-100
Autor intellectual		91-95-96-212

Autor material	89-98-212
Autor mediato	90
Autoridade publica - art. 39,	
§ 16.º	357
Auxilios indispensaveis á per-	
petração do crime - art. 18,	
§ 3.º	89

B

Bens juridicos	49
Bons serviços prestados á so-	
cidade - art. 42, § 9.*	395-397

C

Calamidade publica - art. 39	
§ 18.º . . . 1	187-359-360
Casa do offendido	359-360
Casas em que se celebrarem	
reuniões publicas - art. 39,	
§ 14.º	352
Caso fortuito - art. 27, § 6.º	206
Causa	6
Causa mediata na culpa	150
Causas do crime	52
Chaves falsas - art. 39, § 11	339
Circunstancias aggravantes e	
attenuantes - arts. 43 e 42	279
Circunstancias dirimentes e jus-	
tificativas - arts. 27 e 32	
a 35	176-243-269
Coautoria - arts. 18 e 22	89-120
Codelinquencia necessaria	83
Codigo Bustamante	411 a 420
Codigo Civil - art. 76	238
Codigo Civil - art. 160. n.º 2.	236
Codigo Civil - art. 1521	236
Codigo Civil - art. 1525	241
Codigo Civil - art. 1529	236
Codigo Civil - art. 1540	235
Codigo Civil - art. 1547	237
Codigo Civil - art. 1550	237
Codigo de menores	228

Codigo Penal Brasileiro

Sua origem	I
Systema	V
Tentativas de reforma	III
Codigo Penal Militar 45-45, n. 2	
Codigos penaes em vigor	445
Começo de execução	58-64

Communicabilidade das circunstancias	116
Circunstancias subjectivas	116
Circunstancias objectivas	117
Compensação de attenuantes e agravantes art. 38, § 3.º	286
Compensação da culpa	151
Competencia dos Estados para legislar e impor penas	45
Completa perturbação dos sentidos	189
Completa privação dos sentidos	189
Comportamento exemplar - art. 42, § 9.º	395
Concausa	7-10
Concorrença de dolos	146
Concurso de circumstancias - art. 38	286
Conjuges - arts. 39, § 9 e 42, § 2.º	329-385
Conhecimento do mal - art. 42, § 1.º	380
Consentimento do offendido - art. 26, c	160
Constrangimento	91-93
Constrangimento physico - art. 42, § 7.º	393
Contravenção - art. 8.º	6-53
conceito	53
Correios diplomaticos	39
Costumes sociaes	3
Cretinismo	187
Crime - art. 7.º	6-48
noção normal	48
sociologico-juridica	48
Conteudo do crime	51
Crime segundo a escola positiva	51
Crime casual - art. 27, § 6.º	205
Crimes commissivos	12
" omissivos	12
" " improprios	13
" " proprios	13
Crime consummado - arts. 9.º 11.º e 12.º	57-61

Crimes a bordo de navios mercantes	31
Crimes commettidos por corporação ou membros de corporação - art. 25, § unico	154
Crimes contra a Policia e economia administrativa dos Estados	44
Crimes de lesão	51
Crimes materiaes e formaes	61
Crimes militares	44
Crimes não incluídos no Código Penal - art. 6.º	44
Crimes de periclitação	51
Crimes de responsabilidade no estrangeiro	30
Critério da inequívocidade	69
Crueldade - art. 41, § 2.º	375

Culpa - (sentido estricto)	146
sua essencia	147
critério determinativo	149
Culpa consciente	148
Culpabilidade	138
Cumplices - arts. 17 e 21 81-83-105	

Cumplicidade.	81-105
physica e intellectual 105-107	
anterior, concomitante e subsequente	105
elemento subjectivo	105
Cumplicidade (crimes em que não se dá) - art. 23	120

D

Dadivas	91-92
Damno irreparavel - art. 41, § 3.º	375
Damno moral	236
Desafronta de grave injuria	385
Defesa legitima - arts. 32, § 2.º, 34 e 35	256-269-275

Desistencia da tentativa	69
seu fundamento	72
Diferenciação entre crime e contravenção	54

Direito costumeiro proprio	5
Direito penal internacional 26-411a	420
Direito de resposta	129
Discernimento—arts. 27, § 2.º e 7.º e 30 - 176-207	228
Discipulo - art. 39, § 9.º	529
Disfarce, como aggravante - art. 39, § 7.º	325
Distribuidor de impressos, gra- vuras ou manuscritos - arts. 22, § 2.º e 23.	120
Divisão dos crimes	52
dolosos	52
culposos	52
de acção	52
de omissão	52
de violencia e fraude	52
simples e complexos	52
communs e especiaes	52
materiaes e formaes	52
Communs, anarchistas e politico-sociaes	52
Defesa propria ou de terceiro como attenuante - art. 42, § 3.º	387
Delictio natural	50
Theoria de Garofalo	50
Delictio falho	71
Delictio putativo	77-141
Delictio ao revez	165
Delictos de imprensa	122
Deposito miseravel - art. 39, § 18.º	361
Descendentes - arts. 39, § 9.º e 42, § 2.º	329-385
Desgraça do offendido - art. 39, § 18.º	359
Desistencia de cumplicidade.	106
Desistencia do mandato - Veja- se revogação do mandato	103
Dolo	130
sua definição	139
essencia	139
divisões	141
Dolo determinado	141
Dolo indeterminado	141
alternativo	141-142
eventual	141-142

Dolo indirecto	144
Dolo premeditado	141
Dolo repentino	141
Dolo na tentativa	66
Dolus generalis	172
Domestico - art. 39, § 9.º	329
Dono de typographia, lithogra- phia ou jornal - arts. 22, § § 1.º e 2.º, 25	120
Dôr physica - art. 41, § 2.º	375

E

Editor - art. 22	120
Emboscada - art. 39, § 8.º	327
Embriaguez - art. 42, § 10.º	399
Emprego de diversos meios - art. 39, § 17.º	358
Enfermidade do offendido - art. 39, § 15.º	354
Enfraquecimento senil - art. 27, § 3.º	185-187
Entrada em casa alheia - art. 35, § 1.º	269
Entrada em casa do offendido - art. 39, § 12.º	346
Erro de facto	167
Erro sobre a pessoa ou cousa - art. 26, b	160
Erros de copia ou publicação	5
Erros de redacção	5
Escalada - art. 39, § 11.º	59-339-342
Espaço aéreo	34
Estabelecimentos para meno- res	182
Estabelecimentos para loucos criminosos	224
Estado de necessidade	392
Excesso no estado de necessi- dade	252
Excesso na execução - art. 28	212
Excesso na legitima defesa	265
Excesso de mandato	100
Exemplar comportamento - art. 42, § 9.º	395
Extradicação	24-39-415-421
" entre os Estados	43

F

Facto	4
significação dessa palavra	4
Falta de respeito á idade, ou	

á enfermidade do offendido - art. 39, § 15.º	354
Força superior - art. 39, § 5.º	317
Fraude, como agravante - art. 39, § 6.º	320
Furto calamitoso - art. 39, § 18.º	360
Furto necessario ou famelico	254

H

Homicidio proditorio	324
--------------------------------	-----

I

Idade - art. 39, § 5.º	317
Idiotia	185
Ignominia - art. 41, § 3.º	378
Ignorancia da lei penal - art. 26, a	160
Imbecilidade nativa - art. 27, § 3.º	185
Immunidade penal	38
Impericia - art. 24	132-146
Imprensa - arts. 22 e 23	120
Imprudencia - art. 24	132

Imputabilidade 132

Theoria de v. Liszt	135
" " Tarde	136
" " Alimena	136
" " Saleilles	137

Imputabilidade diminuida	138
Incapazes de imputação - art. 27, § 3.º	185
Incendio - art. 39, §§ 3.º e 18.º	304-359
Influencia de superioridade	91-94
Injuria grave - art. 42, § 2.º	385
Instigação	95
" tentada	95
Instruções	105-107
Instrumentos do crime - art. 21, § 2.º	105
Intenção criminosa - arts. 24, 26 e 42, § 1.º	132-160-380
Intermediario (<i>nuntius</i>)	95
Interpretação - arts. 1 e 23, § 2.º	1-120

Inundação - art. 39, §§ 3.º e 18.º	304-359
Inviolabilidade do lar domestico - art. 39, § 12.º	346
Irmão - arts. 39, § 9.º e 42, § 2.º	329-385
Irreparabilidade do damno - art. 41, § 3.º	379
Irretroactividade da lei penal - art. 3	17
Isenção da responsabilidade criminal - art. 31	250

J

Jornal - arts. 22 e 23, § 1.º	120
Justificativas - arts. 32 a 35	243

L

Legitima defesa - arts. 32, § 2.º 34 e 35	256-269-275
Legitima defesa presumida	269
Legitimo superior ou inferior do agente	329-334
Lei de imprensa	429 a 442
Lei intermedia mais benigna	20
Lei penal - arts. 2, 3, 4 e 5	6-17-24
Lei penal no espaço	24
Leis contingentes	18
Leis excepcionaes	18
Leis formularias	23
Leis interpretativas	22
Leis temporarias	18

Liberdade de imprensa 121

Legislação antiga	122
" moderna	122-128
Liberdade da vontade	133
Localização do crime	35-119
Loucos - art. 29	220
Lugar ermo - art. 39, § 1.º	293-296

M

Mal consequencial (aggravante do -) - art. 41, § 1.º	375
Mal maior - arts. 32, § 1.º, 33 e 42, § 6.º	243-392

Mandante - arts. 18, § 2.º, 19 e 20	89-100-103
Mandatário - arts. 18, § 4.º e 19, § 1.º	89-100
Mandato	91-92
Mar alto	33

Mar territorial - art. 4, a 24-31

(delimitação).	31
Medidas de segurança e protecção	23
Meios diversos - art. 39, § 17.i	81
Menores - arts. 27, §§ 1.º e 2.º, 30, 42, § 11.º	176-228-407
Menoridade como atenuante - art. 42, § 11.º	407
Menoridade como dirimente - art. 27, §§ 1.º e 2.º	176
Mestre - art. 39, § 9.º	329
Ministros de Estado	44
Motivo reprovado ou frívolo - art. 39, § 4.*	311-316

N

Naufragio - art. 39, § 18.º	359
Navegação aérea	35
Navios - art. 4, b, c, e d	24
Navios de guerra e transportes	33
Navios particulares e de recreio	33
Negligencia - art. 24	132-146
Noite (como agravante) - art. 39, § 1.º	293

Nullum crimen, nulla poe-

na sine lege	1
Origem historica	2
Significação	2

O

Obediencia a ordem de superior hierarchico - art. 42, § 8.º	394
Obediencia a superior legitimo - art. 28	212
Objecto material do crime	49
Obrigaçao de agir	13
Occultação ou destruição de instrumentos do crime - art. 21, § 2.º	105

Offendido aggressor - art. 42, § 5.º	389
Offendido (seu consentimento) - art. 26, c	160
Omissão	6
Omissões contrarias á lei penal - art. 24	132
Opposição a ordens illegaes - arts. 35, § 2.º e 42, § 4.º	275-38
Ordem de commetter crime - arts. 28 e 42 § 8.º	212-394
Ordens illegaes - arts. 35, § 2.º e 42, § 4.º	275-388
Ordens e requisições illegaes - art. 28	215

P

Pae - arts. 39, § 9.º e 42, § 2.º	329-385
Paga ou promessa de recompensa - art. 39, § 10.º	336
Paridade - art. 1	1
Perdão judicial	284

Perigo	51
Concreto	51
abstracto	51
Perigo actual - art. 27, § 5.º	201
Premeditação - art. 39, § 2.º	298
prescripção da reincidencia	367
Principio da justiça cosmopolita	26
Principio da protecção ou real	26
Principio da territorialidade	26
Prisão de menores - art. 30	228
Privação de sentidos e de intelligencia - art. 27.º e 4.º	189

Projectos de reforma do Codigo Penal Brasileiro:

João Vieira	III
Camara dos deputados	III
Galdino Siqueira	III
Sá Pereira	IV
Promessa de auxilio	108
Promessas - arts. 18, § 2.º e 39, § 10	89-91-92-336

Protecção da autoridade publica - art. 39, § 16.º	557
Prova do dolo	146
Provocação - arts. 34, n.º 4 e 42, § 5.º	256-589
Provocação por parte do offendido	589-590

R

Recebimento de cousas obtidas por meios criminosos - art. 21, § 3.º	105
Receptação	109
Recompensa (como agravante) - art. 39, § 10.º	336
Reincidência - arts. 39, § 19.º e 40	562
Reparação á victima do delicto	231
Repartições publicas - art. 39, § 14.º	352
Representantes consulares	39
Representantes diplomaticos.	39
Resistencia - arts. 35, § 2.º e 42, § 4.º	275-388
Resistencia a orders illegaes - art. 35, § 2.º	275-388
Resolução criminosa	58
Respeito devido á idade, ou enfermidade do offendido - art. 39, § 15.º	354
Responsabilidade civil - art. 31	230
Responsabilidade criminal	132-154
Responsabilidade do mandante - arts. 19 e 20	100-103
Responsabilidade penal das pessoas juridicas	154-155
Responsabilidade pessoal - art. 25	154
Responsabilidade do presidente da Republica	44
Responsabilidade solidaria - arts. 22 e 23	120
Responsabilidade do vice-presidente da Republica	44, n. 1
Resultado (evento)	6
Retroactividade - art. 3	17
Reuniões publicas - art. 39, § 14.º	352
Revogação do mandato	103

S

Selvicolas	210
Serviços á sociedade - art. 42, § 9.º	395
Sexo (como agravante) - art. 39, § 5.º	517
Sociedade criminosa	85
Solidariedade - arts. 22 e 23	120
Solo estrangeiro	34
Sorpresa - art. 39, § 7.º	323-324
Suicidio	82
Sujeito passivo do crime	50
Superior legitimo - arts. 28 e 39, § 9.º	212-329
Superioridade hierarchica - arts. 18, § 2.º e 42, § 8.º	89-94-394
Superioridade em sexo, força ou armas - art. 39, § 5.º	317
Surdos-mudos - art. 27, § 7.º	207
Suspensão da lei	18

Systema da responsabilidade nos delictos de imprensa

Systema do codigo	126
da lei actual	128

T

Tentativa - arts. 7, 13 a 16	57-64-80
definição	65
elementos	66
fundamento de sua punição	72
Tentativa nas contravenções	80
Tentativa para entrar em casa do offendido - art. 39, § 12.º	346
Tentativa impossivel	73
Escola objectiva	74
” subjectiva	75
Teoria dos delictos distinctos	85
Teorias da causalidade	8
Territorio brasileiro - art. 4	24
Tocaia - art. 39, § 8.º	327
Traição - art. 39, § 7.º	323

Tratados	39
Tribunaes para menores	179
Tutelado - art. 39, § 9.º	329
Tutor - art. 39, § 9.º	329
Typographia - arts. 22 e 23	120

U

Usos do commercio	3
-----------------------------	---

V

Velhice	187
Vendedor de impressos, gravu-	

ras e manuscritos = art. 22, § 2.º	120
Veneno (como aggravante) - art. 39, § 3.º	304
Violação do domicilio	269-271
Violação da lei penal - arts. 2 e 40	6-362
Violencia - art. 27, § 5.º	201
Violencia physica irresistivel - art. 27, § 5.º	201

FIM DO TOMO PRIMEIRO

Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado – Volume I (edição fac-similar), de Antonio José da Costa e Silva, foi impresso em papel vergê areia 85g/m², nas oficinas da SEEP (Secretaria Especial de Editoração e Publicações), do Senado Federal, em Brasília. Acabou-se de imprimir em julho de 2004, como parte integrante da Coleção História do Direito Brasileiro – Série Direito Penal (Volume 7).

Coleção

História do Direito
Brasileiro

Direito Penal

ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA

Código Penal dos Estados Unidos do Brasil
commentado

ANTONIO LUIZ FERREIRA TINÔCO

Código Criminal do Imperio do Brazil
annotado

BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA

Lições de Direito Criminal

FRANZ VON LISZT

Tratado de Direito Penal alemão, prefácio e
tradução de José Hygino Duarte Pereira

GALDINO SIQUEIRA

Direito Penal brasileiro (segundo o Código
Penal mandado executar pelo Decreto
N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis
que o modificaram ou completaram,
elucidados pela doutrina e jurisprudencia)

JÃO VIEIRA DE ARAUJO

Código Penal commentado, theorica e
praticamente

OSCAR DE MACEDO SOARES

Código Penal da Republica dos Estados
Unidos do Brasil

THOMAZ ALVES JUNIOR

Anotações theoricas e praticas ao Código
Criminal

TOBIAS BARRETO

Estudos de Direito

TOBIAS BARRETO

Menores e loucos em Direito Criminal