

**Direito Penal**

# **Direito Penal Brasileiro**

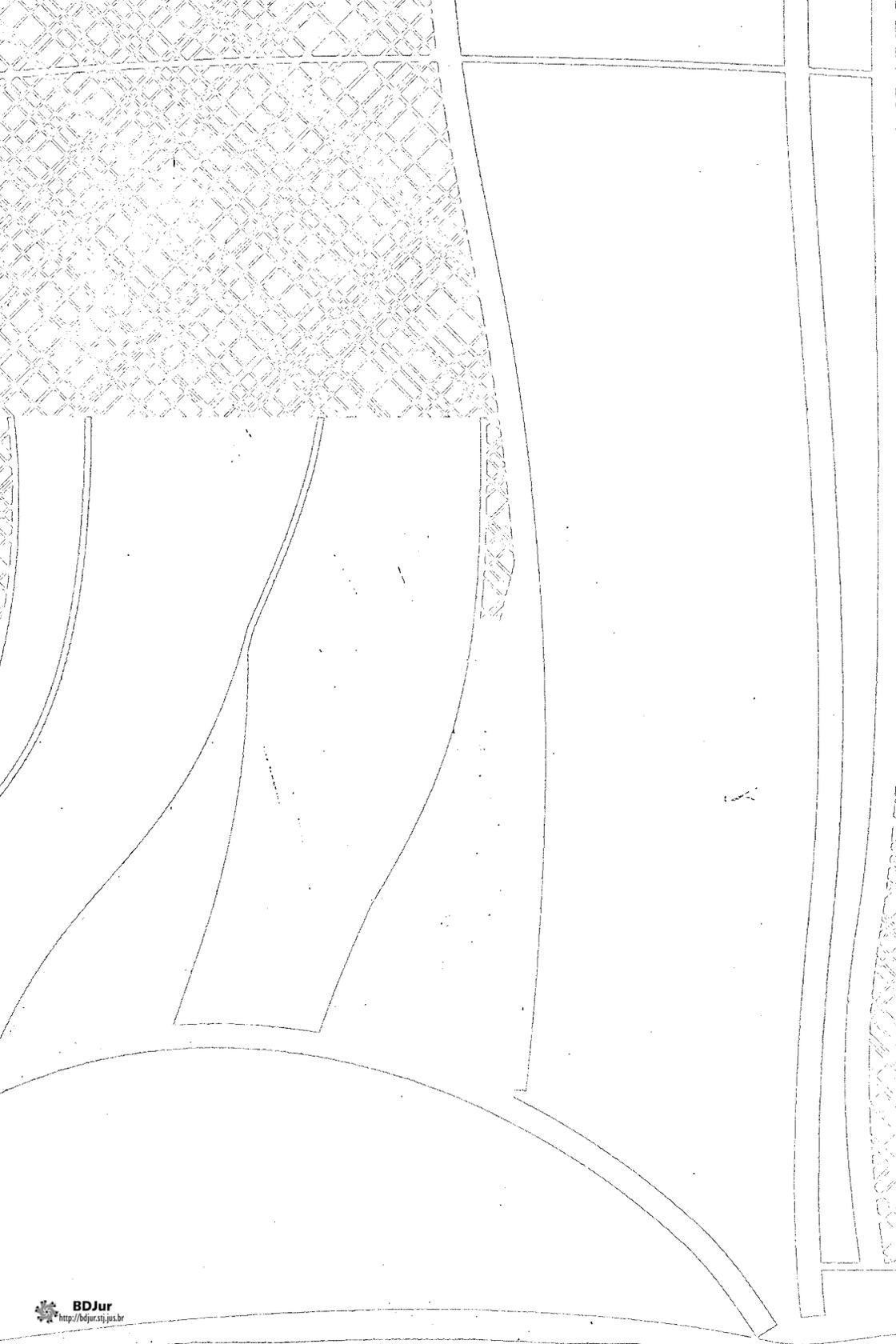
**(segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)**  
**Vol. I**

Galdino Siqueira

**História do Direito  
Brasileiro**



**4**



### ***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 Silhessarenko, 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 Luiz Carlos Fontes de Alencar, Diretor da Revista  
Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira  
Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho  
Ministro Francisco Peçanha Martins  
Ministro Humberto Gomes de Barros  
Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha, Coordenador-Geral da Justiça Federal  
Ministro Vicente Leal de Araújo  
Ministro Ari Pargendler  
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 Andrichi  
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**

## **Direito Penal Brasileiro**

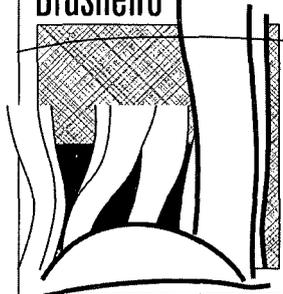
**(segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)**  
**Vol. I**

**Galdino Siqueira**

Obra fac-similar

Prefácio de  
Laurita Hilário Vaz

**História do Direito  
Brasileiro**



Brasília  
Novembro/2003

### 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 allemão, 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  
Jefferson Paranhos Santos, 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 Fiacco, 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

Siqueira, Galdino, 1872-.

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 jurisprudência) / Galdino Siqueira ; prefácio de Laurita Hilário Vaz. -- Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

2 v. -- (História do direito brasileiro. Direito Penal)

1. Direito penal, Brasil. 2. Legislação penal, Brasil. I.  
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 juriconsultos 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 prefacção 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 Cíveis*, 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 alemão, 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 Codigo 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

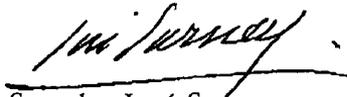


## Nota do Editor

---

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

## I

Galdino Siqueira, Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, nasceu em 23 de janeiro de 1874, na cidade de Mococa, em São Paulo.

Foi professor catedrático de Direito Penal e Prática de Processo Penal da Faculdade de Direito de Niterói, Estado do Rio de Janeiro, membro da Sociedade Brasileira de Criminologia e sócio correspondente da *Academia Mexicana de Ciencias Penales*, México.

Foi promotor público durante vinte e um anos: primeiramente em sua terra natal, nas Comarcas de Santa Cruz das Palmeiras e de Dois Córregos; depois, assumindo o Marechal Hermes da Fonseca o governo do país, Rivadávia Correia, então Ministro da Justiça, nomeou-o 5º Promotor Público do Distrito Federal, cargo que ocupou até agosto de 1919.

Classificado em concurso público pela antiga Corte de Apelação do Distrito Federal, atual Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, presidiu o Tribunal do Júri e foi Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal, da 5ª Vara Cível e da 2ª Vara de Órfãos e Sucessões.

No exercício profissional, identificou-se, desde cedo, com o Direito Penal, do qual não foi apenas teorizador, mas, sobretudo, responsável pela revolução científica e histórica que se processaria no país sobre o tema.

A sua obra de estréia – *Prática Forense* –, com a qual firmou crédito de escritor, foi redigida em 1907. Em 1910 deu a lume o *Curso de Processo Penal*, que mereceu francos elogios dos operadores do Direito. Seguiram-se várias monografias: *A Extradicação* (1912), *O Impeachment no Regimen Constitucional Brasileiro* (no mesmo ano), *A Perícia nos Crimes de Incêndio*

(1917) e *Vigilância das Sociedades Operárias. Greves. Identificação de Trabalhadores do Estado ou de Repartição dele Dependentes. A Polícia e os Menores Empregados e Operários* (no mesmo ano).

Em 1911, o Congresso delegou ao Poder Executivo a atribuição de formular um novo projeto de Código Penal para substituir o Código Penal Republicano, vigente à época. O Ministro da Justiça e Negócios Interiores incumbiu Galdino Siqueira da elaboração do projeto, que foi concluído em 1913, não chegando, porém, a ser objeto de consideração legislativa.

Com a publicação de *Direito Penal brasileiro* (primeiras edições de 1921 e 1924), Galdino Siqueira notabilizou-se “cientista do direito”.

Não obstante ser intitulada a obra simplesmente *Direito Penal brasileiro*, Esmeraldino Bandeira, ao prefaciar a sua 1ª edição, a ela se refere como “Tratado de Direito Penal Brasileiro”, aspecto que justifica ter sido considerada monumental por juristas pátrios e estrangeiros, digna de figurar entre os mais apreciáveis “Códigos do tempo”.

## II

A obra *Direito Penal brasileiro*, composta de dois volumes – Livro I (Parte Geral) e Livros II a IV (Parte Especial) –, é rica em jurisprudência nacional e estrangeira e repleta de referências a correntes doutrinárias e a uma ampla gama de autores de renome.

Iniciando o primeiro volume, Galdino Siqueira faz um breve retrospecto histórico do Direito Penal brasileiro, identificando três períodos distintos. O primeiro período apontado tem início com a Independência (7 de setembro de 1822), quando, à míngua de legislação penal contemporânea, continuaram a vigorar as Ordenações Filipinas. O segundo principiou, conforme Galdino Siqueira, em 1831, com o primeiro Código Criminal Brasileiro, sancionado pelo Imperador D. Pedro I. O marco do terceiro período identificado foi a entrada em vigor do segundo Código, decretado pelo Governo Provisório da República em 1891.

O Livro I é dividido em seis títulos:

Título I – Da aplicação e dos efeitos da lei penal;

Título II – Dos crimes e dos criminosos;

Título III – Da responsabilidade criminal; das causas que dirimem a criminalidade e justificam os crimes;

Título IV – Das circunstâncias agravantes e atenuantes;

Título V – Das penas e seus efeitos; da sua aplicação e modo de execução;

Título VI – Da extinção e suspensão da ação penal e da condenação.

Nessa parte do livro, o autor expõe com minudência aspectos sobre a culpa, o dolo e a intenção. Filia-se, nesse particular, à teoria da representação, que reconhece a existência do dolo eventual, afastando-se de correntes doutrinárias contemporâneas que defendiam o *dolus indirectus* (intenção indireta, cujos limites comumente se confundiam com os da culpa) e também repudiando a idéia de que o dolo identificar-se-ia com a simples vontade.

Entende Galdino, ademais, que, deixando de ser a circunstância um pacto acessório ou acidental do crime, perde a propriedade de agravar em concreto a pena, servindo, tão-só, para compor com os outros elementos a figura do delito.

No que diz respeito à pena de multa, vale transcrever as próprias palavras do autor:

“(...) mesmo executada a multa, dada a uniformidade de sua taxa variavel só quanto a gravidade do delicto mas não quanto á condição social do delinquente, chegamos, sob a apparencia da igualdade, á mais flagrante desigualdade na distribuição do castigo; a mesma condemnação pecuniaria tornando uma diversão para o rico e a ruina para o pobre, para um a impunidade, para outro uma irrisão” (pág. 651).

Sobre a decretação da prisão preventiva e a expedição do mandado de prisão, ressaltou, já demonstrando o seu caráter humanista:

“A prisão preventiva só deve ser decretada quando fôr necessaria ou conveniente aos interesses da sociedade. A lei, porém, não estabelece regras nem limites para esses casos de necessidade ou conveniencia: deixa a sua apreciação ao criterio e honorabilidade do juiz. A doutrina e a jurisprudencia esforçam-se em detalhar alguns desses casos, para a limitação do arbitrio, referindo-se aos perigos da fuga, da pratica de outros crimes, de embaraço á acção da justiça e até de represália contra o próprio réo. A acção do juiz não está adistricta, porém, aos casos indicados; não são elles normas fixas, exclusivas do seu procedimento. Só o erro manifesto, o abuso, a arbitrariedade, que nunca se presumem poderão legitimar a revogação de um acto que a lei confiou ao juízo prudente da autoridade processante. (...)

A concessão do mandado de prisão preventiva deve ser sempre apoiada em prova de que resultem indicios vehementes de culpabilidade do réo e também na conveniencia ou necessidade plenamente justificada da mesma prisão. Desde que os indicios justificativos da prisão preventiva foram destruidos ou fortemente abalados na formação da culpa, deve cessar a medida anteriormente decretada, principalmente quando em face do encerramento do sumario de culpa, desapareceu por completo o receio de poder o accusado solto perturbar a acção da justiça” (pág. 663).

E, a respeito do crime continuado, preleciona de forma brilhante o autor:

“O *crime continuado* (...) consiste na pratica interrompida e reiterada da acção que o constitue, ou é aquelle que apresenta uma pluralidade de acções que externa ou materialmente consideradas deveriam constituir outros tantos crimes da mesma especie, mas que se punem como um crime unico, attenta a unicidade de resolução.

(...)

As diversas acções são como contas eguaes engrazadas num só fio, ou os multiplos flosculos de certas flores” (págs. 679/680).

Ainda no primeiro volume, o autor classifica a prescrição em duas espécies: *prescrição da acção penal* e *prescrição da condenação*. A primeira

espécie, fundada no esquecimento presumido do delito, “deve produzir os mesmos efeitos da anistia, e assim apaga o caracter delictuoso do facto”. A prescrição da condenação, porém, “não apaga o que registra a sentença”, acentua.

O segundo volume da obra *Direito Penal brasileiro* (Parte Especial) foi publicado em 1924 – cerca de três anos após o lançamento do primeiro –, sendo composto dos Livros II, III e IV.

Ao introduzir a Parte Especial, Galdino Siqueira explica:

“A necessidade de uma classificação das especies delictuosas se patenteou, quer no ponto de vista doutrinario, quer no legislativo.

Effectivamente, a exposição systematica dos delictos, segundo determinado criterio, representa um efficaz coefferiente para melhor conhecer a essencia de cada um e respectivas relações, além de mostrar qual a concepção que a seu respeito teve o legislador.”

Iniciando o volume, o Livro II, que trata dos crimes e das penas, encontra-se subdividido nos seguintes títulos:

- Título I – Dos crimes contra a existência política da República;
- Título II – Dos crimes contra a segurança interna da República;
- Título III – Dos crimes contra a tranqüilidade pública;
- Título IV – Dos crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais;
- Título V – Dos crimes contra a boa ordem e administração pública;
- Título VI – Dos crimes contra a fé pública;
- Título VII – Dos crimes contra a Fazenda Pública;
- Título VIII – Da corrupção de menores; dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor;
- Título IX – Dos crimes contra a segurança do estado civil;
- Título X – Dos crimes contra a segurança da pessoa e vida;
- Título XI – Dos crimes contra a honra e a boa fama;
- Título XII – Dos crimes contra a propriedade pública e particular;
- Título XIII – Dos crimes contra a pessoa e a propriedade.

O Livro III trata das contravenções em espécie, subdividindo-se em treze capítulos.

Finalmente, o Livro IV trata das disposições gerais do anterior Código Penal brasileiro.

### III

Atendendo às diversas solicitações vindas de todos os pontos do país para reeditar o *Direito Penal brasileiro*, Galdino Siqueira se propôs a essa tarefa e o fez em 1932. Outra preocupação não teve, disse o mestre cientista no prefácio da 2ª edição, “senão ser útil, especialmente aos que se iniciam na aprendizagem do direito penal, cuja transcendente importancia sobressahe por ser a exacta expressão da civilização de um povo”.

Ainda no prefácio da reedição do livro, reproduzindo os ensinamentos de Ihering, acrescentou:

“... de todas as noções do direito, a da pena é a mais importante no ponto de vista da historia da civilização. Ella é o reflexo do pensamento e do sentimento do povo em uma época determinada; dá o nivel exacto de sua moralidade e, semelhante a uma cêra molle, recebe e guarda fielmente o cunho de todas as phases do desenvolvimento moral da nação.

Seculos inteiros passaram sobre as outras noções do direito sem deixar vestigios: as noções fundamentaes dos direitos reaes de Roma, a propiedade, a posse, as servidões, permãneram, pouco mais ou menos, o que eram ha dois mil annos.

Em vão as interrogariamos sobre as variações que soffreram, no intervallo, os povos que ellas regeram.

Essas noções representam, por assim dizer, o arcabouço, a ossatura do organismo do direito, que não soffre mais mudanças, desde que chegue ao seu pleno desenvolvimento.

Mas é no direito penal que se encontra o centro onde vão ter os nervos mais vivazes, as veias mais delicadas desse organismo; cada impressão, cada sensação, nelle se traduz exteriormente e de um modo visível.

O direito penal é a face do direito a reflectir a individualidade inteira do povo, o seu pensamento, os seus sentimentos, o seu character, as suas paixões, o seu gráo de civilização ou de barbaria, toda a sua alma, em uma palavra, é o povo mesmo.

A historia do direito penal dos povos é uma fragmento da psychologia da humanidade.”

Ao prefaciá a 1ª edição da obra de Galdino Siqueira, resalta Esmeraldino Bandeira os seguintes aspectos:

“Tanto no ponto de vista juridico e legal, quanto no aspecto social e doutrinario, o Dr. GALDINO SIQUEIRA se revela um criminalista perfeitamente em dia com os avanços da sua vasta sciencia.

O grande estudo que ha muitos annos vem ininterruptamente fazendo do direito e da sciencia criminal; a extensa penetração de sua forte intelligencia; e a fecunda intuição de seu bem formado espirito, junta á longa experiencia de Orgáo do Ministerio Publico e de Juiz Criminal – o aparelharam, como a muito poucos, de instrucção e de recursos para desempenhar-se com personalidade scientifica e opulenta erudição do difficilimo trabalho de uma obra moderna de Direito Criminal.

Versado, como os que mais o forem, na sciencia e na litteratura juridico criminal, patrias e estrangeiras, conhece a historia pregressa de cada um dos artigos do Codigo Criminal e do Codigo Penal brasileiro, e a sua evolução scientifica dentro e fóra do Brazil.

(...)

Tão perfeitamente ao par está elle com as sciencias que estudam o *crime* como as que estudam o *criminoso*.

(...)

A doutrina para elle verdadeira é a que satisfaz ás interrogações de seu espirito e as exigencias de sua consciencia. Por isso é que não acceita nenhuma integralmente e nem integralmente repulsa nenhuma.”

O valor do trabalho também foi aclamado com entusiasmo por Esmeraldino Bandeira. De suas palavras destacam-se os seguintes trechos:

“Si o valor do livro moderno se afere principalmente pela somma de utilidade que presta ás actividades honestas da vida social, de valor incontestável é o *Tratado* do DR. GALDINO SIQUEIRA.

Estudando um por um dos dispositivos do Cod. penal vigente, reconstitue o *Tratado* cada um d’esses dispositivos no seu verdadeiro sentido litteral e alcance scientifico; mostra-lhe a correção ou o defeito da fôrma; a compreensão exacta ou a deficiencia maior ou menor de sua redacção; discute e propõe as formulas substitutivas.

(...)

Outras qualidades ainda se encontram no *Direito Penal brasileiro*. Entre essas, podem enumerar-se a clareza da phrase; a tranquillidade do estylo; a travação logica dos assumptos; a segurança e a unidade do methodo.”

Ao concluir o prefácio da 1ª edição, Esmeraldino Bandeira proferiu francos elogios ao mestre Galdino Siqueira, oportunidade em que acentuou que a obra – “orgânica da ciência jurídica nacional” – junto a outras do mesmo autor que na oportunidade enumerou – “*Curso de Processo Criminal, Projecto de Código Penal Brasileiro* e a oração produzida sobre o *Assassinato do General Pinheiro Machado* – asseguram ao Sr. Dr. GALDINO um lugar inconfundível entre os melhores criminalistas contemporaneos”.

O mestre Nelson Hungria<sup>1</sup>, de saudosa memória, ao se reportar a Galdino Siqueira, afirmou tratar-se do “mais completo tratadista de direito penal do Brasil” e, sobre a sua contribuição para o Direito Penal brasileiro, observou:

“Dele se pode dizer que foi quem introduziu, entre nós, o estudo do lídimo direito penal como ciência normativa. Antes dele o que havia era a insipiência do conhecimento, a indisciplina das idéias, o superficialismo exegetico, a dubiedade dos critérios, a dispersão dos rumos, a improvisada biografia *more mercatorio*, os comentários sem espírito de sistema. (...)

<sup>1</sup> DRUMOND, J. E. PIZARRO. *Galdino Siqueira e a Ciência Penal no Brasil*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 139, n. 583 e 584, p. 523-525, jan-fev 1952.

Foi com os seus dois volumes sobre o 'Direito Penal Brasileiro' (1921/1924) que se alcançou, afinal, uma inteligível e minuciosa construção dogmática do nosso então fragmentário direito positivo em matéria penal... Até então, a literatura jurídico-penal no Brasil não passava de epítomes destinados a estudante vadio ou a anotações lacônicas e rotineiras, que estavam para a ciência penal como um fio d'água está para um rio caudaloso."

E, sobre a inteligência, o espírito científico e o raciocínio de Galdino Siqueira, acentuou:

"(Ele) teve o mérito de formular, dentro de linhas precisas, a teoria do direito penal nacional, tornando possível que a ela se afeiçoasse a prática forense, até então sistemática e dispersiva. Deu-nos um corpo de doutrina que nos ligou ao pensamento jurídico-penal da época e rasgou amplos horizontes aos nossos olhos inexpertos. Assenhoreando-se de profunda cultura, pôde ter aquilina visão de conjunto da ciência do direito penal e ofereceu-nos uma exposição concactenada e exaustiva de doutrinas e ensinamentos como jamais tivéramos."

#### IV

Vê-se, pela breve exposição, que a vida do codificador, tratadista, magistrado, professor e cientista Galdino Siqueira e suas obras são de inegável importância para a história do Direito brasileiro.

Tanto é que, mais de vinte anos após sua morte, o Instituto dos Advogados Brasileiros, do qual era ele membro ilustre, homenageou, em sessão solene realizada no dia 6 de outubro de 1982, a sua memória. Na ocasião, falou em nome do Instituto o Dr. Sebastião Rodrigues Lima, que, em sua oração, destacou o saber jurídico e a pessoa do saudoso homenageado dizendo:

"Exemplo de Juiz, de democrata e de cidadão, cuja memória reverenciamos nesta noite memorável, e cuja figura intelectual e humanística de um brasileiro extraordinário e de um cidadão inigualável, tentarei retratar-vos, porque em sua forte e marcante

personalidade se reuniram o promotor, o juiz, o jurisconsulto, o professor, o pai, o chefe de família terno e amoroso, o cidadão que tanto serviu ao Brasil. Galdino não foi só um grande Promotor. Foi também, grande Juiz, grande Professor, grande Tradadista e, pelo seu estudo permanente do Direito Criminal, co-autor necessário de todos os empreendimentos que se levaram a efeito na matéria.”

Para encerrar a sessão, que a muitos emocionou, o Desembargador Galdino Siqueira Netto manifestou, em nome da família, os agradecimentos pela homenagem, oportunidade em que salientou a importância e a necessidade de o povo brasileiro cultivar, sempre que possível, “as grandes figuras do direito”.

De fato, os depoimentos aqui transcritos, advindos de mestres do Direito e julgadores exigentes, vêm confirmar a preciosa contribuição do mestre Galdino Siqueira para o Direito Penal brasileiro.

Em conclusão, impende ressaltar que os dados gentilmente fornecidos pelo Desembargador Galdino Siqueira Netto constituíram valiosos elementos para a elaboração deste singelo prefácio.

Ministra *Laurita Hilário Vaz*

# DIREITO PENAL BRAZILEIRO



### DO MESMO AUTOR:

**Pratica forense**, São Paulo, 1907.

**Curso de processo criminal**, 1.<sup>a</sup> edição, São Paulo, 1910, 2.<sup>a</sup> edição, 1917.

**O estado civil, nascimentos, casamentos e obitos — theoria e pratica**, São Paulo, 1911.

**Encyclopedia juridica, methodologia juridica, dissertação**, São Paulo, 1912.

**A extradição**, dissertação, São Paulo, 1912.

**O impeachment no regimen constitucional brasileiro**, dissertação, São Paulo, 1912.

**Projecto de Codigo Penal Brasileiro**, Rio, 1913.

**O assassinato do General Pinheiro Machado**, accusação produzida perante o jury da Capital Federal, na sessão de julho de 1917, Rio, 1917.

**Direito Penal Brasileiro**, 2 volumes, Rio, 1921-1924.

**Projecto de Codigo do Processo Civil do Districto Federal**, organizado por incumbencia do Ministro da Justiça e Negocios Interiores, Rio, 1930.



## RETROSPECTO HISTORICO

Tres periodos, perfeitamente assignalaveis por legislação propria, se destacam na historia do direito penal brasileiro.

O primeiro vae da independencia, em 7 de setembro de 1822, a 1831, anno em que começou a vigorar o primeiro codigo nacional; o segundo se estende por todo o tempo da vigencia deste, isto é, até 1891, época em que entrou em plena execução o segundo codigo, decretado pelo Governo Provisorio, que é o vigente, que assignala o terceiro periodo.

### 1.º Periodo (1822-1831)

Proclamada a independencia nacional, o Brazil continuou a reger-se pelas leis e mais actos leaes da metropole, isto mesmo mandando observar a Assembléa Constituinte pela Lei de 20 de outubro de 1823, art. 1, enquanto não se organisasse novos codigos, ou não fossem revogados aquelles actos legislativos.

Assim, pelo que toca ao direito penal, continuaram a vigorar as Ordenações Philippinas, cujo livro V se occupa especialmente, em seus 143 titulos, dos crimes, das penas e do processo criminal.

Expressão exacta das idéas e sentimentos que predominavam na época em que foram promulgadas (1603); semelhante legislação penal, além de confundir o direito com a moral e a religião, erigindo em crimes o peccado e o vicio, de sancionar a desigualdade perante a lei, de desconhecer o principio da personalidade da responsabilidade criminal, fazendo recahir a infamia do crime na pessoa dos descendentes do delinquente, de dar predominio ao arbitrio judicial, não resguardando a liberdade individual dos abusos, consagrava um systema de penalidade que, inspirado nas idéas de expiação e de intimidação, se distinguia pela crueldade, prodigalizando-se as penas infamantes e de morte, requintada a crueza na sua execução e no emprego da tortura para obtenção de confissões.

Já na introduccão do seu projecto de *Codigo criminal*, que não logrou ver convertido em lei, PASCHOAL DE MELLO FREIRE assim se externava sobre tal legislação: "*Quor nos adtinet jurisprudentiæ*

## 2. Período (1831-1891)

O Brazil antecipava-se, com a codificação das leis penaes, a Portugal, a Hespanha e a diversas republicas americanas, e ainda salientemente, porque, attendendo á época e ao estado da sciencia, o código se destacava como um monumento legislativo, onde até originalmente se crystallisáram principios ora patrocinados pela escola criminal italiana, ou por ella apontados como fundamento da theoria positiva de repressão, taes como a satisfação do damno *ex delicto*, como materia do proprio juizo criminal (arts. 21 a 32), a co-delinquencia considerada em si mesma como aggravante (art. 16, § 17). Os meritos do código, como suas falhas, foram evidenciados por varios-escriptores estrangeiros.

Divide-se o código em quatro partes, com 313 artigos:

I. *Dos crimes e das penas*, parte geral, onde se estabelecem as regras fundamentaes da imputabilidade e da repressão.

II. *Dos crimes publicos*.

III. *Dos crimes particulares*.

IV. *Dos crimes policiaes*.

Adoptando como fonte principal o código penal francez, delle se desvia em pontos importantes, e haja vista a divisão dos factos puniveis, que não era feita tripartitamente, antes declarando o art. 1 como synonymos os termos *crime* e *delicto*, e no fundo admittindo o código a bipartição dos factos puniveis (crimes propriamente ditos, e crimes policiaes ou contravenções).

Quanto á penalidade, deixando de classificar as penas adoptadas em grupos distinctos, como faz o código francez, e como fazia o projecto CLEMENTE PEREIRA, que as classificava em penas afflictivas e infamantes ou afflictivas sómente, seguiu o projecto VASCONCELLOS, que nenhũa classificação de penas estabelece, nem lhes deu designação.

Simple é o systema de penas, e no conceito de VICTOR FOUCHER, "*c'est une oeuvre assez complete*."

Comprehendendo a pena de morte, distinguia-se do código francez e outros, em applical-a parcamente, e sem mutilação e outros rigores de execução.

Das penas privativas da liberdade, a mais grave era a de galés, consistente no trabalho forçado, levando os condemnados calcetas aos pés e corrente de ferro, juntos ou separados.

Como pena corporal, adoptava a de açoites, applicavel em alguns casos e só em escravos.

E ainda como disposição original, apoiada hoje por muitos sectarios da escola positiva, consignava que "*as penas impostas por sentença não prescreviam em tempo algum* (art. 65).

Mais que o legislador francez, o brasileiro se deixou influenciar pela orientação philosophica de BENTHAM, o que ficou bem

explicito no relatorio da commissão mixta, revelando clara comprehensão das necessidades do paiz no traçar as regras fundamentaes da imputabilidade e repressão, e tanto que, permanecendo em vigor durante sessenta annos, ligeiras alterações soffreu a parte geral do codigo.

A parte especial soffreu, porém, e desde logo, importantes alterações, reclamadas pelas necessidades sociaes.

As leis que completáram ou melhoráram o codigo, versaram sobre as seguintes materiaes:

Lei de 3 de outubro de 1833, que trata de moeda falsa e que alterou o art. 173 e seguintes do codigo.

Lei de 10 de junho de 1835, que trata dos escravos que matam ou ferem seus senhores.

Lei de 11 de outubro de 1837, que dando varias providencias sobre os contractos de locação de serviços de colonos, nos arts. 8, 9, 12 e 13 estabelece penas contra os colonos e seus alliciadores, por infracção dos contractos.

Lei de 4 de setembro de 1850, que, referindo-se á de 7 de novembro de 1831, trata da repressão do crime do trafico de africanos.

Lei de 18 de setembro de 1850, que no art. 2 se occupa do apcossamento e damno de terras devolutas ou alheias.

Lei de 18 de setembro de 1851, que considerou certos crimes militares e distingue a sua perpetração, quer em tempo de guerra, quer de paz.

Decr. de 29 de setembro de 1851, que trata do exercicio illegal da medicina e da policia sanitaria.

Lei de 20 de setembro de 1871, que no art. 19 define os crimes de homicidio culposo e de offensas physicas culposas, e no art. 21 limita a generalidade do conceito do crime do estellionato, previsto no art. 264 § 4.º do codigo criminal.

Lei de 4 de agosto de 1875, que se occupa dos crimes commetidos em paiz estrangeiro contra o Brazil e os brasileiros.

Lei de 15 de outubro de 1886 que revogou o art. 60 do codigo criminal e a lei de 10 de junho de 1835, no tocante á pena de açoites.

Lei de 15 de outubro de 1886, que se occupa dos crimes de damno, incendio e outros, que não estavam devidamente qualificados pelo codigo.

Lei de 14 de outubro de 1887 sobre o registro de marcas de fabrica e de commercio e infracções respectivas.

A abolição da escravidão, em virtude da Lei de 13 de maio de 1888, veio trazer modificações importantes ao codigo, como a suppressão de figuras delictuosas (insurreição, etc.).

Attendendo a esse facto, além das modificações trazidas por outras leis, JOAQUIM NABUCO, um dos mais esforçados propagan-

distas da abolição da escravidão, apresentou á Camara dos Deputados um projecto autorisando o ministro da Justiça a mandar publicar uma nova edição do codigo commercial, eliminadas as disposições relativas á escravidão, e addicionadas as resultantes de leis especiaes.

Em 1889, JOÃO VIEIRA DE ARAUJO, professor de direito criminal na Faculdade de Recife, apresentou ao ministro da Justiça um ante-projecto de uma nova edição official do codigo criminal, e a commissão nomeada pelo ministro para examinar o trabalho, da qual foi relator o conselheiro JOÃO BAPTISTA PEREIRA, lente da Faculdade de Sciencias Juridicas e Sociaes do Rio de Janeiro, opinou por que se fizesse, não uma simples revisão, mas uma reforma completa da legislação penal, attendendo á situação do paiz.

Acceito o alvitre suggerido pela commissão, o ministro encarregou ao referido cons. BAPTISTA PEREIRA de organizar o projecto de reforma, missão que acceitou, e tinha elaborado a parte geral, quando foi proclamada a Republica.

Quanto á literatura, parca de trabalhos de valor philosophico, mais abundante de obras de exegese, cumpre fazer as seguintes indicações: FOUCHER: *Observations sur le code criminel du Brésil*, 1831. — THOMAZ ALVES: *Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal*, Rio de Janeiro, 1864-1883, 4 vols. — LIBERATO BARROSO: *Questões praticas de direito criminal*, Rio, 1866. — BRAZ FLORENTINO: *Lições de direito criminal*, Pernambuco, 1872. — DIDIMO JUNIOR: *Da autoria*, Rio, 1876. — MACEDO SOARES: *Estudos forenses*, Rio, 1877. — PAULA PESSOA: *Codigo criminal anotado*, Rio, 1877. — SILVA COSTA: *A satisfação do damno*, Rio, 1878. — DIAS DE TOLEDO: *Lições academicas sobre artigos do codigo criminal*, Rio, 1878. — CAMARGO: *Direito penal brasileiro*. São Paulo, 1881-82, 2 vols. — CARLOS PERDIGÃO: *Manual do codigo penal brasileiro, estudos syntheticos e praticos*, Rio, 1883, 2 vols. — MENDES DA CUNHA: *Codigo criminal com observações*, Recife, 1851. — FRANCISCO LUIZ: *Codigo criminal anotado*, Maceió, 1885. — ANTONIO LUIZ FERREIRA TINOCO: *Codigo criminal do Imperio do Brazil*, Rio, 1886. — TOBIAS BARRETO: *Menores e loucos*, Recife, 1886. — JOÃO VIEIRA DE ARAUJO: *Ensaio de direito penal*, Recife, 1884, *Estupro violento*, Recife, 1889, *Codigo criminal brasileiro, commentario philosophico scientifico*, Recife, 1889. — MARTINS JUNIOR: *Theses e dissertações*, Recife, 1887.

Compare-se ainda SILVA FERRÃO: *Theoria do direito penal applicada ao Codigo penal portuguez, comparado com o Codigo do Brazil, leis patrias, codigos e leis criminaes dos povos antigos e modernos*, Lisboa, 1856.

### 3.º Periodo (1891 a nossos dias)

Reconhecendo a necessidade da reforma da legislação penal, mais ainda diante da implantação das novas instituições politicas,

o ministro da Justiça do Governo Provisorio, Dr. CAMPOS SALLES, convidou novamente o cons. BAPTISTA PEREIRA para organizar o projecto do novo codigo penal, incumbencia por elle aceita, segundo declara, “de modo incondicional e sem compromissos reciprocos, uma só coisa, porém, fazendo questão o ministro — da apresentação urgente do trabalho, para que o novo codigo pudesse ser promulgado antes da reunião do Congresso, que se avizinhasse.”

E apressando-se a dar realisação á aspirações humanitarias, o Governo Provisorio fez expedir o Decr. n. 774 de 20 de setembro de 1890, pelo qual abolia a pena de galés, reduzia a trinta annos as penas perpetuas, mandava computar a prisão preventiva na execução da pena e estabelecia a prescripção das penas.

Entregando o seu trabalho, ao cabo de pouco mais de tres mezes, informa ainda o cons. BAPTISTA PEREIRA, que foi examinado por uma commissão nomeada pelo ministro da Justiça, sob a presidencia deste, e que iniciou seus trabalhos, com assistencia do autor do projecto, em 29 de setembro de 1890, dessa commissão fazendo parte os Drs. JOSÉ JULIO DE ALBUQUERQUE BARROS (Barão de Sobral), FRANCISCO DE PAULA BELFORT DUARTE e LUIZ ANTONIO DOS SANTOS WERNECK.

“O projecto foi adoptado na sua quasi totalidade, pois muito poucas foram as alterações que soffreu, sem falar nas emendas de méra redacção”. A 11 de outubro do mesmo anno, e sob n. 847 era expedido o decreto que mandava observar o novo codigo penal.

Pelo Decr. n. 1.127, de 6 de dezembro do mesmo anno, foi derogado o art. 411 do codigo, substituindo o prazo unico de seis mezes ahí estabelecido para ser executado, pelo prazo progressivo.

Divide-se o codigo em quatro livros, com 412 artigos.

O 1.º livro se occupa da imputabilidade e da repressão, sob a rubrica — *Dos crimes e das penas*.

O 2.º livro dos — *crimes em especie*.

O 3.º livro das — *contravenções em especie*.

O 4.º livro das — *disposições geraes*.

Inspirado ainda na intuição classica, não satisfez completamente as aspirações e necessidades do paiz, sendo objecto, por isso, de intensa critica, em muitos pontos procedente, como se verá no decorrer deste trabalho. No entanto, tendo ante si o longo periodo de tempo decorrido da independencia, com todos esses ensinamentos que o tempo e a experiencia ministram; como paradigma o codigo de 1830 e as diversas leis penaes posteriores, onde se condensavam muitos principios eminentemente juridicos, além das codificações dos outros povos, as mais recentes apontadas como obras perfeitissimas, todo esse contingente precioso e abundante trazido, pelas sciencias sociaes e anthropologicas, em geral, e pela criminologia em particular, era de esperar que o codificador, já distinguido pelo ultimo

governo do Imperio com equal incumbencia, nos dotasse com um codigo que correspondesse á nossa civilisação, ás tradições do nosso direito.

Se manteve em geral os fundamentos historicos do direito penal brasileiro, como estavam corporificados no anterior codigo e em leis posteriores, muito embora em forma nem sempre perfeita, nessa preocupação de emender, trouxe innovações, colhidas em leis estrangeiras, mas, em regra, com desvios para peor das fontes procuradas.

Sem methodo scientifico, quer na distribuição geral das figuras delictuosas, quer na coordenação destas entre si, sem technica rigorosa, lacunoso em muitos pontos, parco daquillo que já tem tido entrada no direito positivo de povos cultos, e resultado das elocubrações scientificas, da observação attenta, com penalidade inefficaz, em geral, para protecção dos interesses individuaes e sociaes, o que encerra de bom é, as mais das vezes, reprodução do anterior codigo ou de leis especiaes, e isto mesmo quando não modifica ou altera.

Neste sentido se têm pronunciado geralmente os nossos jurisconsultos, e isso mesmo têm reconhecido todos quantos labutam no fôro, a cada passo encontrando tropeços na applicação da lei, dahi tirando partido os criminosos, em detrimento completo dos interesses sociaes.

Em seu Relatorio de 1911, o Dr. ESMERALDINO BANDEIRA, ministro da Justiça, incisivamente pôz em destaque a imperfeição do codigo, dizendo: “Distanciado de muitos annos do actual momento, o codigo que ainda vigora no Brazil carece urgentemente de ser substituido, por lacunoso na precisão de diversas figuras do polymorphismo criminal; errado, muitas vezes, na doutrina juridico-scientifica; baldo de systema e de unidade theorica; deficiente em alguns casos, e, em outros, excessivo nas medidas consagradas de repressão e correcção. Da parte juridica já lhe evidenciaram as omissões e os defeitos, CARVALHO DURÃO e JOÃO VIEIRA, entre outros criminalistas brasileiros.

E da parte que entende com a sciencia medico-legal, SOUZA LIMA apontou innumerados defeitos e omissões.”

O poder publico tem procurado corrigir os vicios dessa codificação.

A primeira correcção foi feita pelo proprio Governo Provisorio expedindo o Decr. n. 1.162, de 12 de dezembro de 1890, pelo qual deu outra redacção aos arts. 205 e 206 do codigo, afim de evitar, como se declarou no preambulo do mesmo decreto, duvidas e interpretações erroneas, que poderiam ocorrer na execução, comprometendo a clareza indispensavel nas leis penaes.

Não era só uma explicação que se dava, mas modificação sensivel no texto, como mostra um simples confronto, attendendo por esse modo o governo aos reclamos da classe operaria.

Em 1891 a Camara dos Deputados, do Congresso Nacional, nomeou uma commissão para o fim de rever o codigo, apresentando um projecto em que fossem aproveitados, com a devida correcção, seus dispositivos, bem como os do anterior codigo.

Esta commissão, por seu presidente, Dr. JOÃO VIEIRA DE ARAUJO, elaborou um projecto, sob n. 250, que foi apresentado em sessão de 21 de agosto de 1893, resolvendo a Camara que, sem prejuizo das duas primeiras discussões, fossem ouvidos a respeito os Tribunaes de Justiça e as Faculdades de Direito de São Paulo e Recife, tendo a primeira destas e os Tribunaes de Goyaz, Pará, Rio Grande do Norte, a Côte de Appellação do Districto Federal e o Instituto da Ordem dos Advogados, correspondido ao convite, emittindo pareceres circumstanciados a respeito.

Tomando conhecimento destes, a commissão especialmente nomeada para apreciar as opiniões que fossem adduzidas, redigiu o projecto para a terceira discussão, fazendo alterações e modificações que entendeu convenientes, apresentando o seu trabalho, sob forma de projecto e sob n. 176, em sessão de 10 de novembro de 1896.

No anno seguinte, pelo deputado JOÃO VIEIRA DE ARAUJO foi apresentado um projecto substitutivo, e por outros deputados diversas emendas, sobre os quaes se pronunciou a commissão em sessão de 6 de maio de 1899, e em setembro do mesmo anno, feita a redacção definitiva do projecto, sob n. 43-A, foi approved, sendo depois remetido ao Senado, onde não teve mais andamento até hoje. Pela Resolução de 7 de janeiro de 1911, o Congresso autorizou o Poder Executivo a mandar organizar, para submitter á sua apreciação, um projecto de reforma do codigo vigente.

Não se sabe ao certo que execução teve esse acto do legislativo.

Não levando a termo a reforma do codigo, quando tempo de sobra teve para isso, inexplicavel sendo, portanto, tal delonga, maximé tendo em vista a relevancia do assumpto, o Congresso operou, entretanto, importantes modificações no codigo, por leis diversas.

“Mas, observa ESMERALDINO BANDEIRA, no seu citado relatorio, como essas leis não se integram num conjuncto systematico e substituem fragmentariamente artigos e capitulos da legislação civil e criminal, a organização dos respectivos codigos se impõe não só para colmar lacunas, como tambem para dirimir contradicções.

E sem a reforma do Codigo Penal não poderá ser iniciada a reforma do systema penitenciario.”

Em virtude de incumbencia do Governo, elaborou o desembargador VIRGILIO DE SA' PEREIRA, um projecto, cuja parte geral, com uma exposição de motivos incompleta, foi publicada no *Diario Offi-cial*. de 10 de novembro de 1927, e o projecto completo em 23 de dezembro de 1928, tendo o Congresso Nacional, por commissões especiaes, na Camara dos Deputados e no Senado, dado apenas inicio ao seu estudo.

As leis modificativas ou integrativas do código são as seguintes:  
Decr. n. 1162, de 12 de dezembro de 1890, retro citado.

Decr. n. 434, de 4 de julho de 1891, que consolida disposições sobre sociedades anonyms.

Decr. n. 30, de 8 de janeiro de 1892, definindo os crimes de responsabilidade do Presidente da Republica.

Lei n. 31, de 26 de janeiro de 1892, que no art. 47 define como crimes contra o livre exercicio dos direitos politicos, factos não previstos no código.

Lei n. 123, de 11 de novembro de 1892, estabelecendo penas de contrabando para os navios estrangeiros que fizerem o commercio de cabotagem.

Decr. n. 121, de 11 de novembro de 1892, que providenciou sobre a penalidade do furto de gado vaccum, cavallar e muar.

Lei n. 177-A, de 15 de setembro de 1893, sobre emissão de empréstimos em obrigações ao portador.

Decr. n. 145, de 11 de julho de 1893, e Lei n. 947, de 29 de dezembro de 1902, que estabelecem a prisão correccional, substitutiva da prisão com trabalho de que trata o código nos arts. 43, letra *d*, e 48.

Lei n. 496, de 1.º de agosto de 1898, que define e garante os direitos autoraes qualificando os delictos contra seus direitos.

Lei n. 515, de 3 de novembro de 1898, que declara ser imprescriptivel o crime de moeda falsa quando o réo é domiciliado ou homiziado em paiz estrangeiro.

Lei n. 628, de 24 de outubro de 1899, que amplia a acção penal por denuncia do Ministerio Publico, commina a pena de prisão por um a tres mezes á contravenção do art. 367 do código penal, tornando sujeitos á pena os individuos que intervierem nessa contravenção, por qualquer outra forma não prevista no § 2 daquelle artigo, e definindo o logar frequentado pelo publico, nos termos do art. 369 do código.

Decr. n. 1.062, de 29 de setembro de 1903, que mandou applicar a pena de reclusão aos cabeças, nos crimes p revistos pelo art. 107 do código, e substitue a denominação — *co-reus* — da segunda parte, pela de — *co-autores*, providenciando assim sobre o preenchimento da lacuna existente, visto ter sido abolida a pena de banimento imposta pelo código, pela Constituição Federal, art. 72, § 20.

Decr. n. 1.132, de 22 de dezembro de 1903, que regula a assistencia aos alienados e contém disposições sobre manicomios penaes.

Decrs. n. 5.156, de 8 de março de 1904, n. 1.081, de 18 de março de 1914, n. 14.354, de 15 de setembro de 1920, n. 16.300, de 31 de dezembro de 1923, relativos ao exercicio da arte de curar em qualquer de seus ramos.

Lei n. 1.236, de 24 de setembro de 1904, que definiu os crimes contra a propriedade industrial e commercial, substituída pelo Decreto Leg. n. 16.264, de 19 de dezembro de 1923.

Decr. n. 6.439, de 30 de março de 1907, que providencia sobre a repressão do alcoolismo.

Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, que se occupa da fallencia, modificando disposições do código, substituída pelo Decreto Leg. n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929.

Decr. n. 2.110, de 30 de setembro de 1909, que dispõe sobre os crimes de peculato, moeda falsa e outras falsificações, substituído pelo Decr. n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923.

Decr. n. 2.321, de 30 de dezembro de 1910, que providencia sobre o jogo, loteria e rifas.

Lei n. 2.380, de 31 de dezembro de 1910, que estabelece penas para o emprego illegal do nome ou signo da Cruz Vermelha.

Lei n. 2.416, de 28 de junho de 1911, que regula a extradicação de nacionaes e estrangeiros.

Lei n. 2.577, de 17 de janeiro de 1912, que torna extensiva as disposições da Lei n. 496, de 1898, ás obras scientificas, literarias e artisticas, editadas em paizes estrangeiros, em determinados casos.

Lei n. 2.992, de 25 de setembro de 1915, que dispõe sobre atentado ao pudor e outros crimes.

Lei n. 3.208, de 27 de dezembro de 1916, sobre o processo eleitoral, e modificando disposições do código.

Lei n. 3.987, de 2 de janeiro e Decr. n. 14.354, de 15 de setembro de 1920, sobre falsificação de generos alimenticios e medicamentos.

Decr. n. 4.269, de 17 de janeiro de 1921, que reprime o anarchismo.

Decr. n. 4.294, de 6 de julho de 1921, sobre venda de cocaina e outros toxicos.

Decr. n. 4.743, de 31 de outubro de 1923, sobre a liberdade de imprensa.

Decr. n. 16.588, de 6 de setembro de 1924, que estabelece a condemnação condicional em materia penal.

Decr. n. 16.665, de 6 de novembro de 1924, que regula o livramento condicional.

Decr. n. 5.221, de 12 de agosto de 1927, que determina que no crime definido no Decr. n. 1.162, de 12 de dezembro de 1890, a pena será de prisão celllular e o crime infiançavel.

Cumpra notar ainda as derogações e alterações soffridas pelo código e resultantes da Constituição Federal e do Código Civil, e a subsistencia de leis e regulamentos pelo mesmo código não revogados, e que apreciaremos opportunamente.

Quanto á literatura cumpre fazer as seguintes indicações: TOBIAS BARRETO: *Estudos de direito*, Rio, 1892. — OLIVEIRA ESCOREL:

*Código penal brasileiro*, São Paulo, 1893, 3ª edic., 1905. — ALCANTARA MACHADO: os seguintes trabalhos, todos editados em S. Paulo: *A embriaguez e a responsabilidade criminal* (1893), *O hypnotismo*, ensaio medico-legal sobre o art. 269 do código penal brasileiro (1895), e *A deformidade nas lesões pessoais* (1901). — F. J. VIVEIROS DE CASTRO, os seguintes trabalhos, editados no Rio de Janeiro: — *A nova escola penal* (1894), *Attentados ao pudor* (1895), *Sentenças e decisões em matéria criminal* (1896), *Os delictos contra a honra da mulher* (1897), *Jurisprudencia criminal* (1901), *Questões de direito penal* (1902), *Ensaio sobre a estatística criminal da Republica* (publicação official), e *Estatística policial*. — NINA RODRIGUES: *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brazil*, Bahia, 1894. — COSTA DORIA: *Medicina legal de traumatismos e o código penal*, Bahia, 1894. — FERRER: *Notas ao código penal do Brazil*. Recife, 1894. — SOUZA LIMA: *Tratado de medicina legal*, Rio, 1894, 2ª edic., 1904. — JOÃO VIEIRA DE ARAUJO: *Código penal comentado*, Rio, 1896-1902. — LIMA DRUMMOND: *Estudos de direito criminal*, Rio, 1898, e *Prelecções de direito criminal*, resumo feito por PAULO DOMINGUES VIANNA, 1908. — A. O. VIVEIROS DE CASTRO: *O contrabando*, Rio, 1899. — AUTO FORTES: *Questões criminaes*, São Paulo, 1899. — BEZERRA DE MORAES: *Estudos sobre systemas penitenciarios*, Belém, (Pará), 1900. — FILINTO BASTOS: *Lições de direito penal*, Bahia, 1902. — JOÃO MARCONDES DE MOURA ROMEIRO: *Diccionario de direito penal*, Rio, 1905. — PEDRO LESSA: *O determinismo psychico e a imputabilidade e responsabilidade criminaes*, São Paulo, 1905. — FRANCO DA ROCHA: *Esboço de psiquiatria forense*, São Paulo, 1906. — PAULO EGYDIO: *Estudos de sociologia criminal*, São Paulo, 1906. — *O conceito geral do crime* — MELLO MATOS e EVARISTO DE MORAES: *Crimes passionaes*, Rio, 1907. — SODRÉ DE ARAGÃO: *As tres escolas penaes*, Bahia, 1907. — SOUZA PITANGA: *Organisação penitenciaria nos paizes latino-americanos*, Rio, 1907. — ALFREDO PUJOL: *Processos criminaes*, São Paulo, 1908. — OSCAR DE MACEDO SOARES: *Código penal annotado*, 1908, 4ª edic. — CANDIDO MOTTA: *Os menores delinquentes*, São Paulo, 1909. — JOÃO VIEIRA e CLOVIS BEVILAQUA: *O Brazil na legislação penal comparada*, Rio, 1910. — BENTO DE FARIA: *Anotações theorico-praticas ao código penal do Brazil*, Rio, 2ª edic., 1913. — AFRANIO PEIXOTO: *Elementos de medicina legal*, Rio, 1910, e *Psycho-pathologia forense*, 1916. — ESMERALDINO BANDEIRA: *Política criminal*, Rio, 1912. — ALFREDO RUSSEL: *As penas de intimidação e as legislações dos povos cultos e especialmente a brasileira*, Rio, 1914 — *A lucta technica contra o crime*, conferencias juridico-policiaes realizadas no palacio da policia, sob a presidencia do Chefe de Policia, de 25 de julho a 29 de outubro de 1914, publicação official, Rio, 1915. — ANTENOR COSTA: *Conceito medico-legal da deformidade*, 1916. — EVARISTO DE MORAES: *Criminalidade da infancia e da adolescencia*, Rio, 1918.

-- *Annaes da conferencia judiciaria policial* convocada por AURELINO DE ARAUJO LEAL, chefe de policia do Districto Federal, 2 vols. — theses e actos, publicação official, Rio, 1918. — CAMPOS MAIA: *Delictos da linguagem contra a honra*, São Paulo, 1921. — CHRYSOLITO DE GUSMÃO: *Dos crimes sexuaes*, Rio, 1921. — CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO e JULIO PORTO CARREIRO: *Venenos sociaes*, Rio, 1922. — SEABRA JUNIOR: *Delictos de imprensa*, Rio, 1924. — LEMOS SOBRINHO: *Legitima defesa*, Rio, 1925. — SOLIDONIO LEITE FILHO: *Commentarios á lei de imprensa*, Rio, 1925. — BEATRIZ SOFIA MINEIRO: *Cod. dos menores com.*, S. Paulo, 1929. — LEMOS BRITTO: *As leis de menores no Brasil*, Rio, 1929. — FIRMINO WHITAKER: *Condemnação condicional*, Rio, 1930. — MANOEL COELHO RODRIGUES: *A extradição*, tomo I, Rio, 1930. — ANTONIO J. DA COSTA E SILVA: *Codigo Penal dos E. Unidos do Brasil, com.*, tomo I, São Paulo, 1930. E' um trabalho magistral, que abrilhanta a litteratura juridico-penal do paiz. BENTO DE FARIA: *Sobre o Direito extradicional*, Rio, 1930. — GEMINIANO DA FRANCA: *Expulsão de estrangeiros*, Rio, 1930. — AUGUSTO ACYOLI CARNEIRO: *Os Penitenciarios*, Rio, 1930. — VICENTE PIRAGIBE: *Diccionario de jurisprudencia penal*, São Paulo, 1931.

Trabalhos interessantes se encontram nas revistas de direito, editadas na Capital Federal e nos Estados, e pelo que toca á medicina legal e psiquiatria, cumpre destacar: *Archivos do Manicomio Judiciario do Rio de Janeiro*, publicação semestral dirigida pelo DR. HEITOR CARRILHO, Director do Manicomio Judiciario. — *Archivos do Instituto Medico-Legal e do Gabinete de Identificação*, Direcção dos DRS. LEONIDIO RIBEIRO, Director do Gabinete de Identificação, e MIGUEL SALLES, Director do Instituto Medico-Legal. — *Archivos de Medicina Legal*, do Instituto Medico-Legal do Rio de Janeiro.



**LIVRO I**  
**Dos Crimes e das Penas**

**TITULO I**  
**Da aplicação e dos efeitos da lei penal**



LIVRO I  
DOS CRIMES E DAS PENAS

TITULO I

Da applicação e dos effeitos da lei penal

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

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

1. — Neste titulo, como lei de introdução, occupa-se o codigo da *efficacia* ou *força intrinseca da lei penal*, isto é, do seu conteúdo e caracteres peculiares (arts. 1 e 2), e da sua *efficacia* ou *força extrinseca*, ou obrigatoriedade em relação ao *tempo*, ao *espaço*, ás *personas* e aos *actos* (arts. 3 a 6).

Por *lei penal* se deve entender a declaração do poder legislativo que faz conhecer quaes são as acções de que o cidadão se deve abster ou quaes as que deve praticar sob a sanção de um mal chamado pena.

Se quizermos considerar tambem o *poder* que applica a lei penal e o *processo* respectivo, as normas reguladoras da materia farão o conteúdo da *lei criminal*. Impropriamente se denominava, pois, o nosso anterior codigo, de — *codigo criminal*, já que se occupava de definir crimes e determinar penas.

O vigente adoptou denominação adequada, muito embora contenha disposições proprias do direito judiciario, como as relativas ao exercicio da acção, á fiança, ao arbitramento, etc., ahi incluídas em falta de um codigo processual e pela necessidade de dar logo execução á lei.

Em nosso systema constitucional, cabia privativamente ao Congresso Nacional legislar sobre materia penal (Const. Federal, art. 34 n. 23).

As leis penaes podem existir em fôrma de *codigo*, isto é, coordenadas em um todo systematico, ou existir esparsas, e ainda consistir em qualquer disposição legislativa, que trate desta ou daquella acção ou omissão sob ameaça de uma pena, em qualquer parte da legislação nacional, em que se encontre, e mesmo quando applicavel pelo juiz civil. Isto posto, antes de apreciar um e outro dos aspectos da efficacia da lei penal, é necessario verificar a theoria de politica criminal seguida pelo legislador, por isso que só remontando a essa theoria se poderá conhecer o espirito das diversas disposições penaes, o pensamento que determinou as incriminações e as penas respectivas, as condições e limites impostos ao poder social, quando pune. Por outra, temos de indagar como encarou as duas questões fundamentaes do direito repressivo — *porque se pune e a quem se pune*, questões intimamente ligadas, se bem que distinctas ; ligadas, porque o principio que justifica o direito de punir, offerece o criterio director da imputabilidade, e distinctas, porque uma diz respeito á razão social da repressão, e a outra á condição primaria que deve subsistir no individuo para a verificação da razão da repressão e sua actuação.

Esta pesquisa se tornará proficua, isto é, nos habilitará a ajuizar devidamente do ponto de vista do legislador, desde que a traços largos rememoremos a evolução historica da pena, ahi perquirindo o que a motivou e como foi applicada, e de outro lado, em succinto retrospecto, a especulação philosophica que a proposito se formou, destacando a theoria inspiradora do codigo, que assim, em correlação com as outras e razão historica, nos mostrará se estava mesmo em condições de ser preferida.

2. — Em todos os tempos e em todos os povos, a pena ou um subrogado da pena é um facto constante, evoluindo sempre com o mesmo character, a principio como sancção de quasi todas as relações juridicas, moraes e religiosas, indistinctamente englobadas, e depois restringindo-se, com a differenciação dessa relações, a determinadas relações juridicas, abrandando-se successivamente, em correspondencia com o estado social da communhão, tornando-se mais humana, mais individual. Nos aggregados sociaes de estrutura familiar, isto é, nos aggregados que repousam sobre a comunidade de sangue e relações de parentesco, que precederam á fundação do Estado (horda, gens e tribu), vamos encontrar as manifestações primitivas da pena, na forma principal da *privação da paz social* ou proscricção, quando é infligida como punição do membro da tribu que na sua intimidade se fez culpado para com ella ou para com os companheiros, ou na forma da *vingança de sangue*, quando infligida como punição do estranho que veio de fóra invadir o circulo do poder e da vontade da sociedade ou de algum de seus membros.

Em um ou em outro caso, a pena apresenta-se, desde as primei-

ras phases do seu desenvolvimento, como uma reacção que, quanto não seja claramente consciente nem claramente querida, é todavia exercida de facto em nome do direito ; é *reacção social contra acções anti-sociaes*.

Carece consequentemente de fundamento a opinião muito generalizada, segundo a qual a pena tem a sua origem no instinto da conservação individual, que se manifesta como instinto de vingança. E' o grupo a que pertence o offendido, quem se vingue, não contra o offensor simplesmente, mas contra o grupo de que este faz parte.

A privação da paz social, a vindicta não é, pois, simples reacção do individuo, mas reacção do aggregado social contra acções anti-sociaes (FRANZ VON LISZT).

A explicação deste facto, diz JOSÉ HYGINO, está em que na infancia das sociedades o individuo nada é fóra do seu grupo ; a renuncia á vingança seria uma especie de suicidio para o individuo e consequentemente para a familia.

Mas semelhante reacção, por isso mesmo que era entregue aos interessados, exercendo-se arbitrariamente, e como nota IHERING, juntando-se assim á injustiça existente uma injustiça nova, devia ceder logo á lei da ordem.

A primeira limitação imposta assim pela necessidade, e sob o influxo do sentimento de justiça, embora impreciso, de que é manifestação, veio do *talião*, fixando-se mais ou menos equipollentemente o mal que era permittido infligir ao offensor

A segunda limitação veio da *composição* ou indemnisação que o delinquente devia pagar á familia offendida, em troca da qual lhe era guardada e aos seus parentes a paz social.

A principio facultativa, tornou-se obrigatoria, pela intervenção da autoridade, que de arbitro que era entre as partes contendoras, passa á posição de juiz.

O preço do resgate a pagar (*compositio*, de *componere*, contribuir) é, então, fixado uma vez por todas entre os membros da collectividade e graduado conforme a gravidade da lesão e qualidade do aggressor. Encontramos a constatação desses usos nas leis de MOYSÉS (*Levitico*, cap. XXIV, 19, *Exodo*, cap. XXI 28), na *Illiada*, de HOMERO, verso 623, na primitiva phase do direito romano (*Gaius*, III, § 223), nas leis dos povos germanicos, que primeiramente pelos alanos, e depois pelos wisigodos, transplantaram taes usanças para a Lusitania. Elevando-se assim o poder publicos acima dos grupos familiares, subordinando-os aos fins sociaes, creando-se dest'arte o Estado, como ultima forma do desenvolvimento da vida collectiva, a principio pouco coheso, mal seguro, depois lentamente se definindo distinctamente, com fins proprios, munido de força precisa, a concepção da pena, como direito privado, cede logar á concepção politica, que vae imperando successivamente, transformando o poder repressivo em direito publico de punir.

Entretanto, os institutos da vingança de sangue e da composição resistem tenazmente por longo tempo, cedendo afinal ante a nova ordem de coisas, que lhe era antithetica.

A pena individualisa-se, não passando da pessoa do culpado, a quem se procura adaptar, visando sua reforma moral, sua reabilitação social, no interesse de todos.

Se a principio, como já se notou, era sanção de innumeradas relações sociaes, restringe-se mais e mais em sua applicação, de sorte a abranger aquelles factos reconhecidos como especialmente perigosos á ordem social, e que a reclamam, por isso mesmo, como sanção mais energica.

Desta explanação historica deflue que exercendo o ministerio repressivo, o Estado não commetteu uma usurpação, não se arvorou arbitrariamente titular do direito de punir, mas pela necessidade, pela força mesma das coisas e sua natural evolução, tem incontestavelmente não só o direito como o dever de punir.

Comminando e executando a pena, o Estado não exerce apenas um direito, mas cumpre um dever, por isso que, cabendo-lhe discriminar, pelas normas, os interesses legitimos e autorisados dos que não o são, isto é, o circulo de acção de cada individuo, o poder de querer, a manifestação da vontade, especialmente quando se prolonga pelo dominio da actividade alheia, exigindo uma acção ou inacção, discriminação sem a qual impossivel seria a vida social, dever lhe cabe assegurar suas prescripções, proteger os interesses juridicos, com isto provendo á sua propria existencia e conservação, e na pena vae encontrar o meio indispensavel para conseguir tal fim, desde que insufficientes tenham sido as outras sanções.

3. — Mas a necessidade da pena para mantença da ordem juridica basta para justifical-a ou mostrar sua legitimidade, quer do ponto de vista do Estado, quer do individuo ?

As diversas theorias philosophico-juridicas que surgiram a respeito, desde o seculo XVIII, com influencia decisiva nas differentes legislações, vêm mostrar que a todos não pareceu sufficientes, a necessidade da pena para firmar sua legitimidade.

Effectivamente a datar do meado daquelle seculo, pelo influxo do livre exame, trazido pelas guerras religiosas, e de outro lado, ante os innumerados erros judiciarios, que o systema do arbitrio judiciario engendrava, levando ao patibulo victimas innocentes, um intenso movimento se assignalou entre philosophos e juristas buscando firmar a razão do direito de punir para norma directriz do poder publico, e melhor salvaguarda da liberdade individual, movimento que não se canalizou uniformemente pelas condições de tempo e de ambiente scientifico, resultando diversas theorias que, ampliando-se, modificando-se, dando origem a outras, entráram em competição, procurando solucionar o grave problema.

E não é de admirar o fervor então despertado, e ~~de dia a dia in-~~crementado, porque, no incisivo dizer de LISZT, em materia penal, o direito corta na sua propria carne, lesa os mesmos interesses — a vida, a liberdade, a honra, o patrimonio — para cuja protecção o direito em geral existe, e dahi a necessidade de apurar cuidadosamente as condições que façam da pena um meio legitimo na luta contra o crime.

Essas theorias, segundo uma classificação geralmente adoptada, e de procedencia allemã, podem ser distribuidas em *theorias absolutas*, *theorias relativas* e *theorias mixtas*, cuja exposição synthetica vamos fazer para mostrar como se houve o nosso legislador cingindo-se á directriz de uma dellas.

4. — Para as *theorias absolutas*, o principio fundamental do direito de punir é exclusivamente o principio da justiça absoluta, esse principio supposto innato, gravado no coração de todos os homens, que manda castigar a quem pratica o mal e recompensar a quem faz o bem.

A pena, na celebre definição de UGO GROTIUS, é *malum passionis, propter malum actionis*, o mal que se padece por causa do mal que se fez. E', por isso, justa em si mesma, é fim para si mesma. O delicto vem a ser não só o presupposto, mas o fundamento da pena, e esta sua consequencia necessaria.

A sociedade tem o direito de punir porque tem o dever de manter a ordem moral e fazer reinar a justiça.

Applicando a pena não visa sua propria conservação, mas realisar o principio da expiação ; o culpado é punido não para que não commetta novos delictos, ou para que outros não sejam levados a imital-o, mas unicamente porque mereceu o soffrimento que lhe é infligido, abusando de seu livre arbitrio, soffrimento que se determina segundo a lei de talião.

Da conhecida maxima de SENECA — *Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur* no tratado *De Ira*, lib. I, cap. 16, se pôde destacar a expressão que bem synthetisa tal theoria, isto é, pune-se — *quia peccatum est*.

“Ainda quando a sociedade civil se dissolvesse por accordo de todos os seus membros, diz KANT, o ultimo assassino que se achasse em prisão deveria ser primeiro executado, para que cada um soffra aquillo que pelos seus actos merece e a culpa do sangue derramado não recaia sobre o povo, que não fez effectiva a punição, pois que pôde ser considerado como cúmplice nessa publica offensa á justiça.” Assim, a retribuição vem a ser a característica commum e predominante nas theorias absolutas, retribuição que, conforme o ponto de vista em que se colloca cada autor, é *divina*, quando o delicto é considerado como infracção do preceito divino, a pena como imposta pela divindade e a repressão exercida por delegação divina (con-

cepção de STAHL); é *moral*, quando o delicto é considerado como violação da ordem moral (KANT); é *jurídica*, quando o delicto é considerado como coisa contraria ao direito, a pena como derivação dialéctica do conceito do direito (HEGEL).

Bem poucos são os sectarios da theoria absoluta, considerada em sua pureza, pois o maior numero procura attenual-a com a idéa da prevenção geral e dos fins da actividade estadoal, como, entre outros PESSINA e MERKEL.

Como se vê, as theorias absolutas transpõem os limites do conhecimento scientifico, ou referindo a pena a um preceito divino, ou dando-lhe derivação metaphysica, ou além da experiencia.

De outro lado, pondera HAUS, não justificam o direito de punir exercido pelo Estado. Effectivamente, a este não cabe realizar a obra da expiação e manter a ordem moral; sua missão se limita a garantir a liberdade de todos pela protecção dos direitos de cada um. Não tem, pois, o direito de applicar a pena senão quando necessaria á conservação da ordem social, muito embora considerado em si mesmo o castigo fosse reclamado como expiação. Depois, precaria seria a situação da liberdade individual, se licito fosse á justiça social castigar todo aquelle que merecesse por sua culpa, porquanto o Estado teria o direito de reprimir toda violação da lei moral, ainda mesmo que não perturbasse a ordem publica, e mesmo os actos de immoralidade privada e até os proprios desvios do pensamento, o que seria a inquisição e a escravidão.

As theorias absolutas sacrificam, pois, a liberdade individual em proveito de um principio de justiça, cuja realisação integral impõem á sociedade: não têm, portanto, base social.

5. — Para as theorias relativas a pena não tem seu fundamento em si mesma, importando pouco saber se ella é justa em si e independente do effeito que deve produzir; ella se justifica por ser meio necessario e efficaz para a conservação do Estado, por ser instrumento de utilidade social.

Pune-se *ut ne peccetur*, o delicto não sendo considerado fundamento da pena, mas sómente como condição e presupposto, ás mais das vezes o symptoma, que indica a existencia de uma ulterior razão de punir. Com essa directriz geral, as principaes theorias relativas se agrupam pelo seguinte modo, tendo em vista os fins que assignam a pena.

I. *Theorias do contracto social* — Tendo como principaes autores HOBBS, ROUSSEAU, BECCARIA e FICHTE, estas theorias partem de um chimerico estado de natureza ou de completo isolamento ou extra-social, donde sahiram os homens para formar, mediante pacto commum, a sociedade, explicando-se, então, o direito de punir por parte do Estado, assim creado, segundo uns autores, como o direito

de defesa, que compete ao individuo e que elle cedeu ao poder, entrando na sociedade ; segundo outros, como o direito de applicar uma pena, que todo o individuo teria no estado de natureza, e que, consentindo em viver na sociedade, teria transmittido ao poder ; segundo ainda outros autores, como resultante da comprehensão que tiveram os homens de que não podiam viver sem leis e estas existirem sem sancção, pelo que, entrando no pacto social, teriam dado ao poder o direito de punil-os.

Recentemente ALFREDO FOUILLÉE, procurando conciliar a theoria do contracto social com a da sociedade organismo, pondo de parte a hypothese de um estado da natureza, que precedesse ao estado social, suppõe um pacto concluido, não na origem da sociedade, mas no presente e para o futuro, pois nascemos no seio de uma sociedade determinada, maõ grado nosso, mas attingindo a idade de pleno discernimento, adherimos pelos nossos actos ao contracto social, vivendo no seio do Estado e sob o imperio das suas leis.

Assim, a justiça repressiva, applicando a pena, não faz mais do que executar as leis que o culpado acceitou, e que é, por assim dizer, em seu nome e com a sua adhesão que ella o pune.

11. *Theorias da prevenção.* — Estas theorias assignam á pena o fim de impedir os delictos, distinguindo-se em dois grupos, segundo têm em vista a *prevenção geral* ou a *prevenção especial*.

A prevenção é geral quando considera a pena em face da collectividade e precisamente na sua aptidão potencial para afastar a massa dos individuos de delinquir mediante a intimidação ou outro meio ; é especial quando se considera a pena em face do individuo que já commetteu o crime, e precisamente a execução da pena por elle incorrida como meio idoneo para afastal-o de delinquir ulteriormente.

Têm em vista a prevenção geral as seguintes theorias :

a) *Theoria da intimidação*, que na sua forma mais antiga e grosseira, dominante nas legislações até o seculo XVIII, entre as quaes as Ordenações Philippinas, dá á pena o fim de incutir terror ;

b) *Theoria do constrangimento psychologicò*, desenvolvida por FEURBACH, e que orientou a formulação do codigo penal da Baviera, de 1813, a qual vê na comminação e na execução da pena um meio de segurança geral, por isso que tem efficiencia preventiva de outros delictos, firmando e generalizando a convicção de que ao acto delictuoso seguir-se-á infallivelmente um mal maior do que o desprazer resultante do impulso não satisfeito, theoria que BAUER, julgando incompleta, por visar só a parte *sensivel* do homem, entendia ficar integrada considerando tambem a parte *moral*, reavivando a persuasão de que a todo crime seguir-se-á uma pena.

c) *Theoria da defesa*, que por meio de ROMAGNOSI, SCHULZE,

RAUTER, sustenta que o Estado, a semelhança do individuo, tem o direito de defender-se contra os ataques de outros Estados ou de individuos, e logo contra o delicto, por isso que põe em perigo suas condições de existencia, actividade defensiva que exerce mediante a applicação de um mal ao autor do delicto, visando sobretudo a prevenção da reincidencia.

Esta theoria foi accета por FERRI e outros chefes da *escola positiva*, assentando-a, porém, em bases mais organicas, e della tirando todos as consequencias.

A' semelhança de todo ser vivo, que reage prompta e instinctivamente contra toda a aggressão, a sociedade, que é tambem um organismo vivo, e como tal precisando viver, conservar-se e desenvolver-se, offerece reacções identicas ás aggressões á sua conservação. O direito de punir não é, em definitiva, senão uma manifestação da lei, em virtude da qual todo o organismo, e, em especial, o organismo social, reage contra o que perturba as condições de sua existencia.

E' com esse aspecto que vemos o direito de punir exercido em todas as sociedades, e ainda actualmente, pois a base fundamental da repressão continúa sendo a idéa simples e primitiva da reacção natural para a conservação dos individuos.

O delicto, ou antes, a *offensa*, que ameaça a vida ou a saúde do ser social, tem por consequencia necessaria uma reacção, que impropriamente se qualifica como *pena*, porque não é um mal imposto ao culpado como punição merecida em vista do mal que voluntariamente praticou, chimerica sendo a existencia do livre arbitrio, mas antes uma *defesa* do ser contra o ataque de que é victima.

Mas é de notar que para esta escola a pena occupa um papel secundario, attento o seu pouco valor intimidante e regenerador, segundo doutrinam os sectarios da escola, que consideram de mais efficacia os meios preventivos ou de hygiene social, na sua forma de medidas de *policia indirecta*, que tendem a supprimir ou a tornar menos prejudiciaes as causas mesmas do delicto, e que a este titulo, na medida de sua efficacia, são verdadeiros *substitutivos penaes*, porque uma vez o delicto supprimido, a pena tambem desaparece, meios esses que se prendem á ordem economica, politica, scientifica, legislativa, administrativa, religiosa, familiar, educativa. As theorias de *prevenção especial* ou visam a *intimidação* ou a *emenda* do delinquente.

Adoptando o primeiro ponto de vista, GROLAM, contemporaneo de FEURBACH, nota que a idéa do Estado juridico contrapõe-se não só á effectiva violação do direito, como á ausencia em cada homem de motivo sufficiente contra as manifestações anti-juridicas da vontade, e dahi a necessidade de restaurar a integridade do direito violado, mediante a satisfação do damno causado pelo delicto, e de reavivar os motivos da vontade juridica, o que se consegue reduzindo o delinquente á impossibilidade physica de commetter violações juri-

dicas (meio de segurança absoluta), e formando a representação das consequências damnosas que acompanham a ilegalidade (meio de prevenção por intimidação):

Para os partidarios da prevenção especial mediante a emenda do delinquente, o meio efficaz de impedir a recaída no delicto é melhorar seus sentimentos de forma a não se tornar prejudicial á segurança geral (emenda juridica, theoria de STELTZER); ou melhorar suas condições intellectuaes (emenda intellectual, theoria de GROSS); ou melhorar suas condições moraes, supprimindo sua vontade immoral nos seus motivos, mediante meios juridicos, e para isso serve a pena, desde que tenha um conteúdo educativo e um fim de melhoramento (emenda moral, theoria de KRAUS, AHRENS, ROEDER).

III. *Theoria da reparação.* Desenvolvida por WELKER, KLEIN, SCHNEIDER, esta theoria tem em vista os efeitos do delicto, distinguindo o damno material, como objecto do direito civil, do damno ideal, como objecto do direito penal. O culpado, mercê a expiação da pena, deve resarcir o damno ideal ou moral (máo exemplo, despreso da lei, falta de tranquillidade).

6. — Distinguindo-se especialmente das theorias relativas, que vimos de apreciar, assignando á pena, não um só effeito, como sustenta cada uma dellas, mas dando a attenção que é devida a esses effeitos, temos a *theoria teleologica* desenvolvida por FRANZ VON LISZT; a theoria da *pena finalistica*, que abstrahindo da questão do livre arbitrio, embora lhe seja compativel, assenta a responsabilidade na normalidade do delinquente, isto é, considera-o punivel desde que seja mentalmente são e mentalmente desenvolvido, e, assim, em condições de orientar-se pelas normas que regem commummente a conducta. Parte da concepção de IHERING, segundo a qual o direito é a tutela de interesses humanos, o que presuppõe como elementos essenciaes o *interesse*, que brota das relações dos individuos entre si, e dos individuos para com o Estado e a sociedade e vice-versa, e a *norma*, que discriminando os interesses legitimos e autorisados dos que não o são, estabelece a ordem juridica.

Mas o direito não é sómente uma ordem de paz, senão tambem uma *ordem de combate*, por isso que, para preencher seu fim, precisa de *força* que curve as vontades individuaes reluctantes.

Por traz da ordem pacifica das relações da vida está o poder publico, munido da força necessaria para reduzir os recalcitrantes á obediencia de suas normas e tornar uma realidade, onde se fizer mistér, a ligação logica entre o facto e os seus effeitos juridicos.

Assim, um novo momento manifesta-se na idéa do direito, a *coacção*, que se apresenta sob tres formas principaes: 1.º) como preenchimento obrigado do dever juridico (execução forçada):

2.º) como restabelecimento da ordem perturbada (indemnisação); 3.º) como punição do desobediente. A pena, pois, é necessaria para a manutenção da ordem juridica, e consequentemente para a manutenção do Estado; ella é justa quando e em tanto quanto é necessaria para esse fim.

Dahi porque nunca foi possivel em these traçar a linha divisoria entre o injusto punivel e o não punivel, pois muda conforme os tempos e os logares, cada povo a traçando differentemente, cada phase na historia do desenvolvimento da humanidade criando novos crimes e fazendo desaparecer os antigos.

Destinada á manutenção das ordem juridica, a pena preenche seu fim quando afeiçoada aos efeitos especiaes de que é susceptivel, quer quando comminada, quer quando executada.

No primeiro caso, advertindo e intimidando, a pena vem accrescentar-se aos preceitos imperativos e prohibitivos da ordem juridica, como função de prevenção geral.

No segundo caso é onde a pena desenvolve toda a sua força peculiar, e varios são seus efeitos que podem ser combinados ou isolados.

A execução actúa : 1.º) sobre os membros da collectividade em geral, porque, de um lado, pela sua força de intimidãção, refreia as tendencias criminosas (prevenção geral) e, por outro lado, mantendo o direito, firma e fortalece o sentimento juridico dos cidadãos; 2.º) igualmente sobre o offendido, a quem, além disto, proporciona a *satisfação* de que o attentado dirigido contra a sua pessoa não escapa á devida punição; 3.º) e especialmente sobre o delinquente mesmo, conforme a natureza e a extensão do mal da pena, differente póde ser o centro de gravidade do efeito nelle exercido : a *intimidação*, quando a pena visa avigorar as representações enfraquecidas que refreiam os máos instinctos; a *emenda* quando visa modificar o character do delinquente; a *segregação perpetua ou temporaria* do delinquente que se tornou inutil á sociedade, assim tirando-lhe a possibilidade material de perpetrar novos crimes, reduzido ficando ao *estado de inocuidade*.

7. — Partindo da consideração de que as theorias, até então desenvolvidas, não justificavam plenamente o direito de punir por parte do Estado, porque, abstrahindo do elemento intrinseco da pena, e só tendo em vista o extrinseco, isto é, a sua necessidade para a protecção da ordem social, não asseguravam os direitos individuaes, autorizando a incriminação de acções que não são moralmente reprehensíveis, mas que ao poder parecesse necessario reprimir, e ainda não levando em conta a questão da culpabilidade, bastante sendo que o indiciado tenha contra si as apparencias de delinquente para que o castigo produza os efeitos em vista dos quaes é inflingido, desde 1830 novas theorias surgiram, com influencias decisiva nas

legislações, as *theorias mixtas* ou *eclecticas*, que assentam o fundamento do direito de punir na conciliação dos principios de justiça absoluta e da utilidade social. Esta combinação se apresenta sob duas formas, uma delineada pela escola italiana, outra pela escola franceza.

Segundo CARMIGNANI e outros tratadistas italianos, o direito de punir tem por fundamento a necessidade politica da conservação social; o principio moral da justiça intervem apenas como limite e criterio mensurador. Como segundo estadio desta theoria, temos a theoria da *tutela juridica*, desenvolvida por CARRARA, onde se dá á pena o fim primario de restabelecer a ordem externa na sociedade, para o que deve produzir a correcção do culpado, o encorajamento dos bons e a admoestação dos que tiverem tendencia para o mal.

Segundo ROSSI, ORTOLAN, TRÉBUTIEN, HAUS, MOLINIER e outros da escola franceza, o direito de punir funda-se no principio moral da justiça absoluta, intervindo como regulador de seus limites a utilidade social. E' a theoria que exerceu influencia decisiva na reforma legislativa operada em França em 1832 e nas codificações penaes de outros povos, inclusive a vigente em nosso paiz, pelo que é necessario encaral-a mais detidamente.

A ordem social, que é o fundamento da liberdade e a condição mesma da existencia do corpo politico, não pôderia subsistir se contra seus perturbadores não fossem empregados meios coercitivos, entre os quaes sobresahe a pena, como mal inflingido ao culpado e por motivo da infracção do preceito legal. Mas o emprego da pena só se pôde justificar como direito do poder publico se ella satisfizer estas condições essenciaes: 1.<sup>a</sup>) que seja um meio proprio para proteger a ordem social; 2.<sup>a</sup>) que seja um meio de protecção necessaria, isto é, que só possa ser empregada em falta de outro meio menos oneroso; 3.<sup>a</sup>) que a pena seja justa em si mesma e independente de sua utilidade social. Quanto á primeira condição, é inegavel que a pena é um meio de protecção util pelos efeitos naturaes que produz.

Em relação á collectividade, e encarada a pena como comminação legal, isto é, como mal sancionado pela lei, seus efeitos são *preventivos* da criminalidade, instruindo o povo sobre os actos reprimidos no interesse geral e intimidando, pela ameaça do castigo, os que se mostrarem propensos ao crime; encarada como *execução*, isto é, como mal realmente applicado, a pena tem ainda efeitos *preventivos* mais accentuados, consistentes na instrucção e no temor inspirado pelo exemplo, e efeitos *reparadores*, porque a acção da justiça repressiva destróe o efeito do máo exemplo dado pelo condemnado, reaffirma a autoridade das leis, enfraquecida pelo delicto, tranquillisa os cidadãos alarmados e restabelece sua confiança nas instituições destinadas a protegel-os; emfim dá satisfação á consciencia publica, offendida pela perpetração do crime.

Em relação ao delinquente, além dos efeitos preventivos da instrução e do temor inspirado pela applicação da pena, esta é de utilidade, collocando o delinquente, durante a sequestração, na impossibilidade de commetter novas infracções, e além disso em condições de emendar-se. Quanto á segunda condição, a pena é meio de protecção necessario, indispensavel.

Para a mantença da ordem social, o Estado pôde e deve agir no sentido de eliminar ou neutralizar as causas da criminalidade, que residem na ignorancia, na miseria economica e sobretudo nas paixões, para isso protegendo a moral e a religião, favorecendo a educação e a instrução, contribuindo para o bem estar das classes sociaes.

A experiencia tem, porém, mostrado que insufficientes têm sido esses meios preventivos, necessarios sendo o emprego de um mal.

Pela policia de segurança, o Estado pôde impedir a realização de acções criminosas contra a collectividade ou contra os individuos, mas a prevenção assim exercida, por actos sobre as cousas ou por medidas hostis contra as pessoas, além das restricções que encontra nas medidas protectoras da liberdade individual, apenas pôde impedir crimes isolados. Entretanto importa prevenir as infracções em geral; e, para attingir este fim, é preciso empregar um meio que, por seus efeitos, exerça sobre o homem uma influencia moral, um meio proprio para conter suas paixões e determinalo a se abster de toda infracção do preceito legal.

Esse meio é a pena. Se é certo que o Estado pôde e deve, pelo constrangimento, exigir a reparação do damno material que lhe foi causado, e tem o dever de prestar mão forte aos particulares para obter a satisfação do damno do delicto, entretanto esse meio é insufficiente quando se trata de factos que perturbam sensivelmente a ordem social, e dahi a necessidade de medida mais efficaz do que a reparação civil.

Demais, independentemente do damno material, o delicto causa á sociedade um prejuizo grave, excitando á desordem pelo máo exemplo, espalhando o alarma e perturbando a segurança publica: este mal moral só pôde ser reparado pelo effeito moral do castigo.

Mas a sociedade que pune não o faz em legitima defesa, porque não age para repellir um ataque injusto, mas para prevenir attentados futuros e para reparar o mal causado.

Sem duvida, o Estado, que forma uma pessoa juridica, tem o direito de conservação, mas a justiça não lhe permite proteger a si mesmo violando os direitos dos individuos aos quaes inflige um soffrimento no interesse de sua conservação ou de seu bem estar.

O fim, por mais legitimo, não justifica os meios para attingil-o, se estes meios são reprovados pela moral.

E' preciso, pois, a terceira condição apontada, isto é, que a pena seja *justa em si mesma* e independentemente de toda consideração de utilidade social, isto é, que aquelle sobre o qual recae a tenha merecido, que não tenha o direito de se queixar do tratamento que lhe deram. A legitimidade intrinseca ou absoluta da pena supõe o concurso de diversas condições.

Em primeiro lugar é preciso que a acção a reprimir seja *moralmente reprehensivel*; em segundo lugar que a pena recaia sómente sobre o *culpado*, isto é, sobre aquelle que commetteu a offensa com *intelligencia e liberdade*, e, assim, se tornando responsavel pelo evento; em terceiro lugar que a pena seja *proporcionada á gravidade moral da infracção*.

A gravidade moral de cada delicto forma o limite extremo da penalidade humana, que não póde exceder este limite, ainda mesmo que as necessidades sociaes pareçam exigil-a.

Reunindo estas condições, a pena é legitima em si e independente de sua utilidade social, porque é lei eterna e immutavel, gravada no coração do homem, e reconhecida em todos os tempos e em todos os logares, que o crime merece um castigo e a virtude recompensas. Assim, o direito social de punir se baseia ao mesmò tempo sobre a justiça absoluta e sobre o interesse social, sobre a expiação e o principio do interesse publico, principios que devem se prestar mutuo auxilio, sem predominio exclusivo de um sobre outro.

O agente é punido pelo mal que fez e para que se abstenha de commetter novos males; por outra, pune-se *quia peccatum est et ne peccetur*. Dest'arte a theoria eclecticica franceza toma como ponto de partida o principio ou idéa da justiça absoluta, concebida metaphysicamente, isto é, fóra dos limites experimentaes, das contingencias de tempo, de espaço e de pessoa, principio absoluto que conjuga com o de utilidade social, para justificar o direito de repressão.

Se é certo, pondera ORTOLAN, que essas abstracções metaphysicas deduzidas de relações diversas e de leis ou necessidades differentes na criação, não tem precisão mathematica, susceptiveis antes de variações, cabe, porém, á razão humana concebel-as e aprecial-as, e a razão o faz com mais ou menos exactidão, segundo é mais ou menos potente, mais ou menos esclarecida.

Resolve assim a theoria eclecticica franceza as duas questões fundamentaes da repressão (n. 1), assentando o direito de punir em concepto metaphysico, aferido variavelmente segundo a intuição de cada um, a que se associa o relativo da utilidade social, e fazendo do livre arbitrio ou indeterminismo psychologico, supposto existente igualmente em todo o homem mentalmente são, cuja pessoa fica, por isso, posta á margem, o fundamento da responsabilidade.

Com taes elementos, impugnada sendo especialmente a exis-

tencia do livre arbitrio, não se pôde assegurar á legislação penal base pratica e estavel e desenvolvimento tranqüillo.

8. — A concepção do direito de punir,, assim delineada pelo eclectismo francez, veio exercer influencia preponderante em nosso meio, norteando em regra o ensino academico, a jurisprudencia e a legislação.

Com o espirito afeito á essa orientação, o conselheiro BAPTISTA PEREIRA, autor do codigo, amoldou-o á quella theoria, isso deixando explicito no que escreveu em justificativa de seu trabalho, isso ainda transparecendo claro da parte geral do codigo, onde a preocupação utilitaria se liga as injuncções da justiça distributiva, especialmente no firmar o principio e causas extinctas e minorantes da responsabilidade criminal, e na determinação e gradação das penas. Mantendo assim a tradição do direito penal brasileiro, como era concebido na doutrina e jurisprudencia, como tambem na alma popular, onde persistia o categorico imperativo da retribuição do mal pelo mal, o juizo moral, como diria MERKEL, ou a associação da idéa da justiça com a lei de talião, se procedeu com prudencia não rompendo bruscamente com essa intuição, entretanto, esqueceu-se de que, como legislador, era chamado e estava em condições de dirigir-a em sentido mais pratico, alheando-se da questão da liberdade interna, como fizeram os legisladores italianos ao elaborar o seu codigo, e dando acolhida a institutos já praticados com proveito em outros povos cultos, assegurando melhor e mais estavelmente, não só os interesses sociaes, como os individuaes.

Em occasião opportuna teremos de mostrar os senões e lacunas da codificação assim operada.

9. — Occupando-se da *força intrinseca* da lei penal, firma o legislador no art. 1.º, o principio, geralmente acceito, de que a lei é a unica fonte do direito penal, isto é, sómente a lei pôde determinar quaes as acções ou omissões puniveis e quaes as penas que lhe devam ser applicadas.

A lei vem a ser assim a expressão do direito penal do ponto de vista objectivo, e expressão mais alta e mais synthetica da ordem juridica, attento o caracter sanccionador daquelle direito em relação aos demais preceitos leaes. E' certo que as infracções das normas de outros ramos de direito acarretam uma sanção, que vem a ser sua protecção, como no direito civil, a nullidade do acto, a reparação pecuniaria, a execução obrigatoria, etc.; mas a pena, como sanção propria do direito penal, se distingue como sendo um mal infligido ao delinquente, e applicavel áquellas infracções para as quaes insufficientes se mostráram as outras sanções (n.º 7).

Assim concebido, o direito penal é *commun* ou *especial*.

O *direito penal commun* é applicavel a todas as pessoas, e tem

como fonte principal o código penal *commum*; o *direito penal especial* compreende as normas applicaveis á uma categoria de pessoas, em virtude da qualidade de que se acham revestidas e das funções que exercem, como os militares.

A esse aspecto objectivo do direito penal, se oppõe o aspecto *subjectivo*, o *direito penal subjectivo*, que significa *direito de punir*, *jus puniendi*, o direito que cabe ao Estado de qualificar os delictos, estabelecer as penas respectivas e applical-as.

São aspectos da mesma idéa, diz LISZT, porquanto de um direito penal, no sentido *subjectivo*, só se pôde fâlar sob o presupposto de que o poder de punir do Estado, em si illimitado e isento da tutela do direito, impoz-se prudente limitação com determinar a condição e o objecto do seu exercicio (o crime e a pena).

Ora, essa limitação é dada pelo direito penal do sentido *objectivo*.

10. — Mas declarando a lei como fonte do direito penal, é de notar que o legislador não crêa o crime, declara como tal uma acção ou omissão que pela moralidade intrinseca e seus effeitos prejudiciaes á segurança publica e privada, e em certos casos por conveniencia utilitaria sómente, precisa ser reprimida pela pena.

Assim, nota SCHIATARELLA, antes que seja feita essa declaração, de modo expresso e formal, qualquer acção ou omissão, por maior que seja o damno que della resulte, e maior a perversidade revelada pelo seu autor, não pôde ser considerada crime e como tal punida.

O damno poderá de certo constituir razão legitima de satisfação diante dos tribunaes civis, mas nunca, desde que o legislador se cala, tornar-se titulo legitimo de imputabilidade diante dos tribunaes penaes. A necessidade de serem prefixados pela lei os delictos e as penas respectivas, resalta não só como garantia dos particulares, mas como consequencia de se attribuir ao Estado o direito de punir. Effectivamente, diz HAUS, para ser legitima a pena deve ser necessaria; ora, a necessidade de applicar a pena não se revela quando esta é infligida sem ter sido determinada por uma lei anterior, porque a sancção penal, que adverte e intimida, poderia bastar para prevenir o delicto.

Mas quando a lei penal foi infringida, a infracção prova a impotencia da ameaça legal, e portanto a necessidade da punição.

Depois, no silencio do legislador, o juiz seria investido do poder de erigir em delictos os factos que, em sua opinião, merecessem um castigo, e de escolher as penalidades que lhe parecessem convenientes.

Um tal systema teria por effeito concentrar nas mesmas mãos os poderes legislativo e judiciario, porque onde não ha leis, o juiz é legislador.

Dahi o reino do arbitrio, a falta de tranquillidade para os cida-

dãos, que sem prévias normas de conducta, não poderiam se conduzir devidamente. Acresce notar mais que a sociedade, representada pelos magistrados que promovem a acção penal e julgam, é ao mesmo tempo juiz e parte em todo processo criminal, e que, nesta situação, a lei que regula previamente a penalidade e a forma, sómente pôde offerecer aos cidadãos uma garantia sufficiente contra a administração arbitraria da justiça.

Razão tinha, pois ROSSI de dizer que “a necessidade de uma lei penal positiva e publicada é uma das maximas fundamentaes do direito social, uma das bases da liberdade civil e politica”.

Esta garantia, vivamente reclamada pelos publicistas do seculo XVIII, e proclamada primeiro nas Declarações americanas de 1776, e depois pela Assembléa constituinte franceza, foi consagrada, como direito do homem e do cidadão, pelas Constituições de 1791 e do anno III, e inscripta, como principio fundamental do direito de repressão, nos codigos penaes de França, art. 4, da Belgica, art. 2, da Hollanda, art. 1.º, da Italia, art. 1.º, de Portugal, art. 5.º, da Hespanha, art. 2.º, da Austria, art. 6.º, da Hungria, art 1.º, da Argentina, art. 46, do Japão, artº 2.º O nosso codigo criminal, de 1930 a inscrevia expressamente nos arts. 1 e 33.

11. — Considerada assim a efficiencia ou força intrinseca da lei penal, resultam os seguintes principios ou canones fundamentaes:

a) *Nullum crimen sine lege*, o que importa em estatuir como prejudicial absoluta a indagação da incriminação legislativa da acção imputada.

E' o que estabelece o art. 1.º do codigo, declarando — *ninguem poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime* :

b) *Nulla poene sine lege* — é o que tambem reconhece o mesmo dispositivo, dizendo mais — *ném com penas que não estejam previamente estabelecidas*, o que é ainda affirmado pelo art. 61, declarando que “*nenhum crime será punido com penas superiores ou inferiores ás que a lei impõe para repressão do mesmo, nem por modo diverso do estabelecido nella, salvo o caso em que ao juiz se deixar arbitrio*”.

c) *Nulla poene sine crimine*, ou que o crime é o presupposto necessario da pena. Como necessario complemento destes principios, o direito judiciario estabelece que a lei penal só pôde ser applicada :

1.º) por magistrados especialmente delegados para esse fim, delimitada previamente a sua competencia em razão da materia ou natureza dos factos incriminados, da qualidade das pessoas e do logar do delictò, dê sorte que ninguém possã ser distrahido de seus juizes naturaes — *Nemo iudex sine lege*; 2.º) mediante formas

processuaes preestabelecidas pela lei — *Nemo dannetur nisi per legale iudicium.*

Na applicação da lei penal pelos orgams do poder judiciario encontramos a salutar garantia da uniformidade dos meios de manter a estabilidade dos direitos individuaes, condição da ordem social, e na *forma preestabelecida* na lei, não só a condição vital, da authenticidade dos actos forenses, sem a qual não pôde haver garantia de direitos, como tambem o meio de exercer sobre os juizes um despotismo salutar, que lhes imponha, quasi mechanicamente, a imparcialidade. Estes principios foram reconhecidos na declaração de direitos da nossa Const. Federal, estatuindo no art. 72 § 15, que "*ninguem será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada.*

Em matéria penal, pois, o costume não pôde ser invocado, quer para crear (*consuetude*) quer para abrogar o direito (*desuetude*).

12. — Considerada ainda a lei penal quanto ao seu conteúdo, comprehende dous elementos essenciaes, já postos em evidencia pela sua definição (n.º 1), a saber; a *norma* (*proceptum legis*) e a *sancção penal* (*sanctio legis*).

A norma, por sua vez, tem como conteúdo um preceito de fazer (ordem) ou de não fazer (próhibição), e vem formulada, ás mais das vezes de modo implicito e poucas vezes de modo expresso.

Tem-se, por exemplo, uma norma implicita e prohibitiva no art. 294, onde em vez de declarar que é prohibido matar, ou da norma — *não matarás*, o codigo, a presuppondo, descreve a acção homicida, com a consequencia penal.

Outras vezes a norma acha-se enunciada em uma lei, e a sancção em lei diversa, anterior ou posterior.

Finalmente ocorre não raras vezes que a sancção penal seja estabelecida para a infracção de norma em parte já emanada, mas que pôde ser emanada futuramente.

Tem-se aqui o que os allemães chamam *leis penaes abertas* ou *leis penaes em branco*, e exemplo temos em o nosso codigo, art. 135, 2.ª parte, e § unico. Quanto á sancção, os systemas para sua formulação, são os seguintes: a) sancção *determinada absolutamente*, isto é, a pena é fixada quanto á especie e medida, ao juiz só cabendo applical-a ao caso concreto, systema que substitue o legislador ao juiz, convertido este em mero instrumento; b) sancção *determinada relativamente*, fixando a lei a qualidade de pena e seus extremos maximos e minimo, dentro dos quaes o juiz a mede em concreto; c) sancção *absolutamente indeterminada*, declarando a lei punivel a acção, mas deixando ao juiz fixar e applicar a pena, que não indica nem em especie, nem em quantidade, systema que substitue o juiz ao legislador. Repellidos o primeiro e terceiro sys-

temas, attentos seus manifestos inconvenientes, as legislações dos povos cultos têm adoptado o segundo, algumas permittindo mais ao juiz, em dados casos, escolher entre diversas especies da pena indicadas e applicar ou não determinadas restricções de liberdade, como consequencias penas, como faz o codigo italiano.

O nosso legislador adoptou o primeiro systema nos casos dos §§ 2.º e 3.º do art. 66 e do art. 403, e como regra o segundo systema, não exactamente como vem acolhido na maioria dos codigos, mas estabelecendo grãos para serem applicados segundo regras fixas (art. 38 e 62).

Opportunamente apreciaremos este ponto.

13. — Passando a apreciar a disposição do art. 1.º, como vem formulada, notamos que o legislador, em vez de manter a technica segura do codigo anterior, adoptando os termos — *acção* e *omissão*, para designar a externação do delicto, usa do termo — *facto*, acompanhando o codigo italiano, art. 1.º A innovação não é de merecer louvores, desde que mais comprehensivos são os termos usados pelo anterior codigo, tomados em sua exacta significação. A maioria dos autores italianos dá ao termo — *acção*, uma accepção restricta, significando só o elemento subjectivo material da infracção, e ao termo — *facto*, a ampla de abranger não só o elemento subjectivo como o objectivo, razão pela qual foi este termo preferido pelo legislador, segundo se lê na *Relazione ministeriale* sobre o projecto de 1887, L. XI “Alla lacuzione — *azione ed omissione* — diz GIULIO FIORETTI, si preferi sostituire la espressione *facto* che é piú semplice e comprehensiva, poiché *l'azione o l'omissione* costituisce soltanto lo elemento subbiiettivo materiale del reato mentre il *facto* comprende anche l'elemento obbiiettivo”. Uma exacta conceituação virá, porém, mostrar que o termo — *acção*, é mais adequado, por ser menos extensivo do que o termo — *facto*, e comprehender ambos os elementos subjectivo e objectivo materiaes da infracção.

Por *factos* se entendem as mudanças do mundo exterior apreciaveis pelos sentidos, e quando provem de causas physicas e independentes da vontade humana, se dizem propriamente *acontecimento*, e quando provem da vontade humana se dizem *acções*.

Assim, o termo — *acção* é menos extensivo do que o termo — *facto* e mais comprehensivo, porque o direito penal nada tem que ver com os *acontecimentos*, na ordem physica, mas tão sómente com as mudanças operadas pela actividade humana, isto é, as *acções humanas*.

Conceituando o que seja *acção* e pondo em relevo seus elementos, diz LISZT: “As circumstancias constitutivas do injusto não podem ser *acontecimentos*, que independam da vontade humana, mas sómente *acções humanas*. *Acções* é a *facto* que repousa sobre a von-

tade humana, a mudança do mundo exterior referível á vontade do homem.

Sem *acto de vontade* não ha acção, não ha injusto, não ha crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas tambem não ha acção, não ha injusto, não ha crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um *resultado*. Dest'arte são dados os dois elementos, de que se compõe a idéa de acção e portanto a de crime: *acto de vontade* e *resultado*.

Á estes dois elementos deve accrescer a relação necessaria, para que elles formem um todo, a *referencia do resultado ao acto*.

Em dois casos referimos a mudança do mundo exterior á vontade humana: 1.º) quando a mudança foi *causada voluntariamente*, 2.º) quando voluntariamente não foi *impedida*.

A *commissão* e a *omissão* são as duas formas fundamentaes da acção e consequentemente do crime.

No mesmo sentido, em aspecto mais analytic, diz VON HAMEL: "*Acto* é o movimento muscular que se apresenta como manifestação da vontade. Para o direito, porém, o movimento muscular só tem importancia, em tanto quanto determina uma mudança no mundo exterior, cuja realisação é pelo direito considerada como offensa ou como compromisso de um interesse juridico, e por isso prohibida e sujeita a pena. A mudança no mundo exterior é o *resultado* do acto. Do ponto de vista do direito penal devem ser consideradas as tres faces do acto, como *movimento muscular* (ou movimento corporeo; como equivalentemente diz LISZT); como *resolução* e como *causação*.

Deste conjuncto resulta a idéa de acção, e assim tem ella um triplice aspecto: physiologico, psychologico e causal.

A acção punivel é, pois, antes de tudo *acto*, movimento muscular causado pela acção dos nervos motores, *actividade*, e neste sentido as *palavras* e os *actos* naturalmente não se contrapõem".

Reduzindo, pois, a acção ao elemento subjectivo material, ao movimento corporeo ou muscular, é consideral-a apenas em um dos seus elementos, o acto, a sua causa. Já os escolasticos conceituavam exactamente a acção transitiva (*factio*), como tal considerando a operação que passa para a materia externa, gerando um producto distincto da propria operação, resultando, em summa, do movimento dos organs no tempo e no espaço. A acção neste sentido, que interessa ao direito penal, contrapunham á acção immanente (*actio*), consistente na operação que não passa do proprio agente e consiste no proprio acto, como pensar, racionar, etc. Não é, pois, exacto dizer que a acção só comprehende o elemento subjectivo material do delicto, mas abrange tambem o elemento objectivo.

A innovação, pois, feita pelo legislador não merece encomios.

E que a acção deve ser tomada na accepção exposta, é o proprio legislador quem o reconhece expressamente, empregando esse termo

nos arts. 2, 24 e outros como abrangendo toda a materialidade do delicto. Essa variação de technica, tratando-se do mesmo objecto, constitue infracção de elementares preceitos de pratica legislativa, porta aberta para duvidas e incertezas, que o legislador cauto deve sempre evitar, maximé em materia penal.

Assim, para o codigo *acção* e *facto* são termos equipollentes.

Outro reparo a fazer á disposição do art. 1. Ahi só se fala em *crime*, quando para o codigo a violação da norma penal se opera tambem pela *contravenção* (art. 2).

Não reparou o legislador, cingindo-se ao art. 1.º do codigo penal italiana, que ahi se emprega o termo — *reato*, que, como o de *infractio*n, do codigo francez, é comprehensivo de crime e de *contravenção*.

Nestas condições, para evitar incongruencias, outro recurso não resta senão tomar o termo — *crime*, do art. 1.º, em sentido amplo, de sorte a comprehender toda a violação da norma penal.

Não poderíamos excluir a *contravenção* do principio consagrado no art. 1, porque é o proprio codigo, art. 3, que diz: a *lei penal não terá effeito retroactivo*, e porque tal exclusão seria inconstitucional.

14. — A disposição da alinea do art. 1 é de todo redundante, em face do estatuido no corpo do mesmo artigo. Desde que o *facto* tem de ser anteriormente qualificado como crime, isto é, determinados os extremos necessarios para que assuma este character, e desde que tambem por lei anterior é que devem ser estabelecidas as penas respectivas, proscripta está a analogia como meio de qualificação de crimes ou de determinação de penas.

Passivel de censura é ainda a disposição dessa alinea, por considerar a analogia como caso de interpretação, e ainda por encerrar termos equipollentes. A fonte dessa disposição é o art. 18 do codigo penal portuguez, eivado tambem do vicio de redundancia, e que assim estatue :

“Não é admissivel a analogia ou inducção por paridade, ou maioria de razão, para qualificar qualquer *facto* como crime; sendo sempre necessario que se verifiquem os elementos essencialmente constitutivos do *facto* criminoso, que a lei penal expressamente declarar”.

Apreciemos o nosso codigo, distinguindo o que elle confunde, isto é, a *interpretação* da *applicação* da lei.

15. — A interpretação tem por fim fixar o sentido da lei ou a extensão do seu comprehensão, o que presuppõe naturalmente um texto obscuro ou equivoco. Encarada quanto ao sujeito de que emana, a interpretação é *authentica* ou por *via de autoridade* e *doutrinaria*.

A primeira emana do proprio organo que formulou a lei interpretada, firmando o conteúdo da regra nesta contida e objecto de fúvida, por meio de outra regra de direito.

Como verdadeira lei que é a disposição que interpreta outra, e por isso com força obrigatoria geral, rege-se pelos preceitos constitucionaes reguladores da elaboração das leis.

Cumpra distinguir a lei *interpretativa* da lei *nova* que repete o conteúdo de uma lei precedente, modifica-a, acrescenta-lhe qualquer coisa ou lhe repara as omissões, por isso que diversos são os efeitos decorrentes de uma e de outra.

A interpretação *doutrinaria* tem por organo os juristas ou o poder judiciario. No primeiro caso, não tem força obrigatoria, e sim a que advem da convicção de seus argumentos; mas, despida de força coactiva, é fecunda de efeitos, completando a sciencia e a legislação, e preparando as outras especies de interpretação.

Quando a interpretação doutrinaria tem por organo o poder judiciario, diz-se interpretação *forense*, e resulta de uma série unanime e uniforme de arestos, isto é, decisões dos tribunales superiores.

Tem-se assim o *usus fori* ou *jurisprudencia dos tribunales*, que em materia penal constitue especialmente uma das mais fortes garantias da liberdade individual, por isso que determina o sentido e extensão das leis repressivas. Em nosso systema constitucional, elevou-se a interpretação forense á categoria de interpretação autentica (EDUARDO ESPINOLA), e por isso, vale por lei e obriga a todos as jurisdicções (JOÃO BARBALHO). Em seu art. 59, § 2.º, estabelece a Const. Federal:

“Nos casos em que houver de applicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudencia dos tribunales locais, e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudencia dos tribunales federaes, quando houverem de interpretar leis da União.”

Se assim não fosse, diz BARBALHO, o direito federal viria a ser vario, multiforme e incerto. Cada Estado o poderia entender e applicar a seu modo e, quando quizesse, estabeleceria nova jurisprudencia para seu uso.”

Mas se o preceito constitucional tem esse alto alcance, não autorisa, porém, o emperramento, o exaggerado apêgo pelos casos julgados, que males accentuados pôde produzir, nota COGLIOLO, porque tolhendo o impulso a investigações livres, impedindo que se levem em conta as inferencias scientificas, fazem com que se applicuem cégamente as sentenças conhecidas e se siga sem propria actividade o trilho commum.

A recta direcção, diz PEDRO LESSA, está luminosamente traçada pelo unico e insubstituivel criterio, que deve presidir á elaboração das sentenças, o qual só pôde ser a exclusiva preocupação com a verdade juridica, a tendencia inalteravel para bem apprehender o espirito da lei, o que só se alcança pouco a pouco, ampliando,

restringindo, mudando, corrigindo, por um esforço constante o resultado das anteriores interpretações.”

Neste trecho allude o jurista aos processos de interpretação, que passamos a apreciar.

16.— A interpretação doutrinaria, segundo o processo que emprega, diz-se *grammatical* ou *lógica*. A interpretação *grammatical* ou *literal*, que deve preceder qualquer outra, tem por fim determinar o significado das palavras contidas no preceito legal, o que se consegue, em falta de definição legal, recorrendo aos relatórios, discussões parlamentares ou exposição de motivos da lei, ou ás regras da linguagem *technica*, quando os termos se referirem ás sciencias, ás artes, á agricultura, ao commercio, á industria, á marinha, etc., ou á linguagem *commum*, tratando-se de termos vulgares.

Mas muitas vezes acontece que, firmado o significado das palavras, não se torne claro o pensamento do legislador; dahi a necessidade da interpretação *logica*, que visa determinar o sentido do texto da lei segundo seu espirito. Para saber o que o legislador quiz dizer é preciso examinar, então, o conjuncto do texto que contem a expressão equívoca, assim como as outras disposições que regulam a mesma materia, combinando-as com aquelle texto, ou, em falta destes elementos interpretativos, procurar o motivo da lei, isto é o principio que lhe serve de base. Como a lei é sempre o producto da elaboração scientifica e pratica do direito precedente (CHIRONI), a intenção do legislador melhor se revela pelo exame da legislação anterior e pelo estado do principio juridico que informa a lei, muitas vezes de facil inferencia, nos relatórios e discussões parlamentares, senão mesmo expresso na exposição de motivos da lei.

Conhecida a intenção do legislador, é preciso, para interpretar a lei pelo seu espirito, ou restringir o sentido ordinario dos termos equívocos, ou estendel-o ou mantel-o, se o legislador não quiz se afastar desse sentido. D'ahi porque a interpretação se diz *extensiva*, *restrictiva* ou *declarativa*. A opinião dominante julga inadmissivel a interpretação extensiva em materia penal; mas semelhante modo de ver, em toda a sua latitude, não passa de um residuo da reacção contra o arbitrio judiciario, que em outra época e com diversa organização constitucional e outras normas legais tinha razão de ser.

Como bem nota HAUS, em materia penal, não se pôde prescindir da interpretação *logica*, mesmo *extensiva*, por isso que necessidade muitas vezes occorre de reconstruir o pensamento do legislador de recorrer aos motivos informativos da lei, para lhe dar exacta applicação.

E em tal pesquisa não impera arbitrio, levado antes o interprete pelas regras da *logica* judiciaria.

Sómente quando não se pôde determinar com toda a certeza a intenção do legislador, quando a duvida subsiste, apesar das pes-

quizas feitas, é que se deve interpretar em sentido favoravel ao accusado.

Não basta, pois, que o sentido da lei penal seja duvidoso para levar a interpretação favoravelmente ao accusado. “Se fosse assim, observa HAUS, o juiz nunca poderia recorrer á interpretação, mesmo grammatical, dos termos da lei, e ver-se-ia muitas vezes obrigado a applicar esta em sentido contrario á vontade do legislador.

Mas, quando o juiz não chega a penetrar o espirito da lei, de sorte que esta fique duvidosa, é, então, que deve interpretal-a em sentido mais favoravel ao accusado. Tal é a significação da regra tantas vezes mal comprehendida e mal applicada: *In dubio mitius interpretandum est*, ou: *interpretatione legum poenoe molliendoe sunt potius, quam asperandoe* — L. 42, D. de *poenis* (48,19). L. 155, § 2, D. de *reg. jur.* (50, 17). No mesmo sentido IMPALLOMENI.

Com razão a escola criminal positiva tem profligado as exagerações praticas dessa regra ou aphorismo, dictadas antes pelo sentimentalismo, do que pela razão juridica.

O que tem contribuido muito para a opinião que julga inadmissivel a interpretação extensiva em materia penal, é a confusão que não raro é feita entre essa especie de interpretação e a analogia, que se suppõe caso tambem de *interpretação*, quando é antes caso de *applicação extensiva* da lei penal. Quando é claro o texto da lei, ou quando seu sentido é fixado pela interpretação, o juiz deve applical-a aos casos comprehendidos em seus termos, e, então, é que pôde surgir a questão da applicação extensiva ou por analogia.

Dá-se a *applicação analogica* quando se applica uma regra de direito, estabelecida para certas e determinadas relações, a outras relações, que com aquellas têm semilhança.

Observa-se, então, o principio: *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*. A differença, pois, entre a applicação analogica e a interpretação extensiva da lei se estabelece facilmente.

“Applicando a lei a factos que não entram em seus termos, diz HAUS, tomados mesmo em sua accepção mais geral, o juiz não interpreta esta lei, cuja disposição não é ou não é mais duvidosa; estende sua applicação a casos que ella não previo, mas que estão comprehendidos em seu motivo. Não se pôde affirmar, com effeito, que o motivo da lei se estenda além de seus termos, senão quando o sentido destes é certo ou foi fixado pela interpretação.

De outro lado, o juiz que faz entrar o facto de que se trata nos termos mesmos da lei, tomando-os em seu sentido mais extenso, não applica esta lei extensivamente ou por analogia, a interpreta e deve interpretal-a assim, se o espirito da lei o exige, porque é adstricto a dar aos termos desta o sentido que o legislador quiz ligar-lhes.”

Por outra, na interpretação extensiva ou por força de comprehensão, para firmar o pensamento do legislador, é preciso compre-

hender as palavras da lei de modo extensivo, isto é, através das palavras da lei descobrir o que o legislador quiz determinar; na applicação analogica estende-se a lei a uma relação que o legislador não quiz regular, mas que é analogica a que regulou.

A primeira é a traducção fiel de uma vontade manifestada por palavras, que foram regular e scientíficamente entendidas pelo interprete; a segunda é a traducção de uma vontade presumida, isto é, o que o legislador de certo determinára, se providenciasse sobre o caso, que escapou ás suas previsões (LIMA DRUMMOND, PAULA BAPTISTA). A analogia de que vimos de fallar é a *analogia de lei* ou *legal*, que se distingue da *analogia de direito* ou *juridica*, segundo a distincção feita por GROLMAN e vulgarizada por WACHTER, em que nesta a regra a applicar ao caso omittido, deduz-se, não de uma lei, mas do espirito e do systema do direito positivo, considerado no seu conjuncto.

Se no dominio do direito civil, o juiz não pôde deixar de sentenciar sob pretexto de “silencio, obscuridade ou indecisão da lei”, devendo, “nos casos omissos applicar as disposições concernentes aos casos analogos, e, não havendo, os principios geraes de direito (Cod. civil, arts. 5 e 7), no dominio do direito penal, os principios em que se funda este direito, consagrados pela nossa legislação (Const. Federal, art. 72, §§ 1.º e 15, Cod. penal, arts. 1 e 180, e n. 10 destes commentarios), prohibem ao juiz de applicar a lei penal extensivamente ou por analogia, isto é, a casos que não entram em seus termos, ainda que sejam comprehendidos em seu motivo, qualquer que seja a semelhança do facto por ella silenciado, com os previstos, ainda mesmo que evidenciado ficasse que foi por indaverencia ou erro do legislador. Sómente a este cabe, então, completar, por uma nova lei, a legislação existente, se a reputar incompleta, e não ao juiz preencher as lacunas por uma applicação analogica (HAUS, CARNOT, CHAVEAU, e HELIE, etc.).

Apezar da impropriedade dos termos usados, o que prohibe o alinea do art. 1.º do codigo, é, não a interpretação extensiva por força de comprehensão, mas a applicação analogica da lei penal para qualificar crimes ou contravenções ou applicar-lhes penas (JOÃO VIEIRA, LIMA DRUMMOND).

Ha redundancia ainda nessa disposição com o emprego dos termos *analogia* e *paridade*, porquanto este ultimo (do latim, *paritas*) significa a mesma coisa que aquelle outro, isto é, semelhança, conformidade de coisas, ou de actos.

17. — JURISPRUDENCIA — “Os tribunaes e juizes não podem estender arbitrariamente as disposições da lei penal; a *fortiori*, não lhes é permittido applical-a por inducção de um caso não previsto, isto é, por analogia, porque esta não é, propriamente fallando, uma interpretação da lei, mas antes uma usurpação do poder judi-

ciario sobre o legislativo e é, por isso, prohibida pela nossa lei, Em materia penal só é licito aos juizes empregar a interpretação logica restrictiva e a grammatical do texto da lei, no intuito de determinar o sentido desta, já examinando as palavras em si mesmas, já verificando a sua ligação; donde resulta que, quando se trata da lei penal consistente em considerar punivel uma determinada acção, a interpretação deve ser restrictiva e a letra da lei deve ser a condição imprescindivel da culpabilidade — RAUTIER, *Tr. de dir. crim.* § 11, PUGLIA, *Man. de dir. pen.*, vol I, p. 75, — *Acc. do Tribunal de Justiça de S. Paulo*, em 17 de julho de 1897. Esta decisão incide em censura quando limita a interpretação da lei penal á logica restrictiva, como já vimos (n.º 16), é tambem admissivel a extensiva por força de comprehensão.

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

18. — Commentando o artigo anterior, vimos a differença entre os termos — *acção* e *facto*, o primeiro de melhor technica em materia penal, não merecendo por isso, louvores o legislador quando adopta o termo — *facto*, para denotar o elemento externo da infracção, e ainda passivel de censura por não manter dicção uniforme, por isso que neste artigo já usa do termo. — *acção* (n.º 13). Muito embora, com inobservancia de elementares preceitos de pratica legislativa, chega-se assim á conclusão que para o legislador equipollentes são aquelles termos. Outra incorrecção se nota logo neste art. 2, e é quando fala em *violação da lei penal*, ao em vez de *violação da norma penal*.

Nás leis penaes, e já tivemos occasião de mostrar (n.º 12), ou o legislador estabelece expressamente o *preceito* ou *norma* e depois a sancção penal (forma das leis antigas e ainda hoje usada em leis especiaes e sobretudo nas chamadas *leis em branco*), ou apenas commina penas contra quem praticar ou deixar de praticar certas acções exactamente descriptas (forma adoptada nos codigos modernos).

Em um e outro caso o que o delinquente transgride, praticando a acção prohibida ou deixando de praticar a acção exigida, não é o artigo da lei em que incorre — este é pelo contrario observado pelo juiz que o applica, impondo a pena comminada — mas a *norma* implicitamente *contida no artigo* (não matarás, não furtarás).

Tal a distincção que encerra verdade tão evidente e simples, posta em relevo por BINDING em suas *Normen*, e olvidada pelo codigo.

19. — A acção violadora da norma penal pôde assumir duas formas fundamentaes, referidas expressamente no art. 2, a saber: ou a mudança no mundo externo é causada voluntariamente, isto é

sem coacção psycho-physica, e, então, temos a *commissão* ou *acção* sensu stricto, ou não foi *impedida* voluntariamente, e, então temos a *omissão*.

Neste ultimo caso, duas modalidades se notam ainda: a *omissão propriamente dita* e a *omissão impropriamente dita*.

A primeira suppõe um preceito *imperativo*, cuja não observancia constitue a infracção, pouco importando que *in concreto* se verifique ou não o perigo ou a offensa do bem juridico.

Exemplo: deixar o medico clinico de denunciar a existencia de doentes de molestia infecciosa (art. 378).

A omissão impropriamente dita suppõe um preceito que *prohibe* certo resultado, e se dá quando o resultado é produzido em razão de inacção de quem estava *juridicamente obrigado* a impedil-o.

Exemplo: matar recém-nascido recusando-lhe os cuidados necessarios á manutenção da vida e a impedir sua morte (art. 298).

Como nota JOSÉ HYGINO, esta modalidade é uma sub-divisão do grande grupo de crimes que tanto podem ser commettidos por acção como por omissão. Para ser punivel, como já salientamos, é necessario que a omissão seja *injuridica*, isto é, quando ha um dever que obriga a obrar. Este dever juridico pode resultar: 1.º) de um preceito positivo da ordem juridica, quer este preceito seja imposto pelo direito penal (art. 282), quer o seja, expressa ou tacitamente, por um outro ramo do direito (dever dos paes de alimentar os filhos, obrigação contractual do enfermeiro, dever do funcionario publico, do vigia da prisão, da via ferrea, etc.); 2.º) da *acção anterior* que indica a actividade ulterior como conforme ao dever e como contrario a elle o abandono da direcção assumida. Exemplos: o bom nadador A determinou a uma partida de natação o máo nadador B, promettendo soccorrel-o em caso de necessidade; no momento em que B perde as forças, A concebe a idéa do crime e deixa o companheiro afogar-se.

O cocheiro deixa que os cavallois pisem o ebrio estendido no caminho.

A preparou a taça envenada para B, C toma-a na presença de A e este não o impede (LISZT, FLORIAN).

20. — Na segunda parte do art. 2, estatue-se que a violação da *lei penal* constitue *crime* ou *contravenção*.

Trata o codigo da classificação da infracção do preceito penal, tomada a classificação, não no sentido de distribuição e ordem das disposições penaes o que é objecto da parte especial, mas no sentido de distribuição das especies que se contêm no genero infracção.

Neste sentido, duas são as classificações conhecidas, a da *bipartição* e a da *tripartição* das infracções, a primeira adoptada pelo codigo.

Para verificar se a orientação seguida pelo codigo é segura, e

se se manteve coerente á mesma, necessario se torna rememorar o que em doutrina e nas legislações tem sido assente a respeito.

Primeiramente é de notar que não temos um termo bastante comprehensivo para denotar a violação do preceito penal em geral, como têm os italianos no termo *reato*, por isso que o termo *infracção* é commum á violação do preceito da lei civil.

Explicando a origem etymologica do termo *reato*, diz TOLOMEI:

“E’ sabido quão geral e extenso é o significado da palavra *res* dos latinos. Os juriconsultos a usavam para indicar o negocio a discutir-se ou discutido diante da autoridade; o processo, a causa, a lide. De *res* vem *reus*, aquelle de cujo negocio se trata, *de quo res agitur*; por isso nas contestações civis tanto o autor como o réo, e nas materias penaes, aquelle de quem é o negocio penal, isto é, a cargo de quem está o factio punivel.

De *reus*, *reatus*, palavra que, segundo FORCELLINI, significava originariamente ser réo, a condição de réo, ou tempo em que o réo estava nem absolvido, nem condemnado, seria o hodierno *indiciado* e o *accusado*. Depois *reatus* foi tomado pela culpa mesmo de que alguém é réo.

E agora nós o usamos pela culpa em si mesma, *res ipsa de qua agitur*”.

Em falta de termo adequado, usamos os de *infracção* ou *delictio*, este menos apropriado, por designar uma das especies, na classificação tripartita.

21. — Não tem havido uniformidade de vistas entre os tratadistas, com reflexo nos codigos, quanto á admissibilidade de classificação das infracções, entendendo uns que a violação do preceito penal não comporta differenciação em especies, entendendo outros o contrario, mas divergindo quanto á delimitação dessas especies, e daí a tripartição (*crimes, delictos e contravenções*), e a bipartição (*crimes ou delictos e contravenções*). Collocando-se no primeiro ponto de vista, e relegando as contravenções para o dominio da prevenção policial, CARRARA considera a distincção entre *crimes* e *delictos* como uma superfetação, e além de produzir praticamente mais confusão do que vantagens, não encontra um criterio scientifico positivo.

“Desejar que os delictos possam se distinguir em duas classes, segundo, na opinião publica, são mais ou menos odiosos e detestados; é uma coisa boa e louvavel; tem preocupado muitas vezes os autores, sob a formula de delictos *leves* e *atrozes*, a qual, em *substancia*, em nada differiria da formula franceza moderna de *crimes* e *delictos*, mas a difficuldade consiste em achar um criterio preciso que responda constantemente a este juizo da consciencia universal.

Para mim, encaró-a antes como uma verdadeira *impossibilidade*

do que como uma simples dificuldade, e, na verdade, não se pôde usar aqui do criterio accidental da pena”.

Nessa orientação, o código toscano, de 1853, dispunha no art. 2 § 1.º: *Le azioni punibili a tenore del presente Codice si chiamano delitti.*

§ 2.º *Le trasgressioni sono sottoposte ad altre leggi.”*

E effectivamente para as transgressões ou contravenções, o legislador toscano fez um regulamento a parte, chamado da *policia punitiva*, destacado completamente do código penal, que se occupava exclusivamente dos delictos. Semelhante systema foi seguido na Hungria, onde para os delictos editou-se o código de 28 de maio de 1878, e para as contravenções o de 14 de junho de 1879.

22. — O código francez de 1810, art. 1, estabeleceu a classificação tripartita nos seguintes termos: “L’infraction que les lois punissent des peines de police est une *contravention*. L’infraction que les lois punissent des peines correctionnelles est un *délit*. L’infraction que les lois punissent d’une peine afflictive ou infamante est un *crime*.”

Esta classificação tripartita foi adoptada pelos códigos belga, art. 1, russo de 1903, art. 3, e na Allemanha pelos códigos bavaros de 1813 e 1861, de Oldenburg (1814 e 1858) e pelo prussiano, donde passou para o do Imperio, de 1871, § 1.º. Foi consagrada também pelo código sardo.

Sómente á considerações de utilidade pratica, deve esta classificação a sua origem. Como nota PRINS, os legisladores da Revolução conceberam um plano symetrico; tinham instituido a policia de segurança, a policia correccional e a policia municipal; quizeram, como correspondencia, tres jurisdicções (o jury, os juizes de paz e os officiaes municipaes), e tres especies de penas.

O primeiro código, que fez entrever uma divisão tripartita, é um código de organização judiciaria e de processo, o código de 3 brumario do anno IV. O genio centralizador de Napoleão acaba o edificio começado pela Convenção.

Primeiramente pelo código de instrucção criminal de 1808, art. 8, depois pelo código penal de 1810, art. 1, se estabeleceu a classificação tripartita. Fortes argumentos têm sido formulados contra tal classificação.

No ponto de vista theorico e racional, tem-se notado que em vez de tomar como base, para fixar a gravidade da infracção, a sua natureza intrinseca, teve-se em vista unicamente o resultado material da condemnação: *distinctio delictorum ex poena*, quando a razão e a justiça querem que se faça depender a gravidade da pena da importancia do delicto: *distinctio poenarum ex delicto* (ROSSI, BOITARD). VIDAL considera improcedente a critica assim feita, per-

quanto baseia-se em um principio de legislação e encara a *lei a fazer-se*, emquanto que a divisão do código assenta em uma *idéa toda pratica* e é um guia para a applicação da *lei feita e promulgada*. Formulando a lei, antes de pronunciar as penas, o legislador teve o cuidado de considerar a natureza e a gravidade dos factos: *distinctio pœnaram ex delicto*.

Redigida, porém, a lei e promulgada, quiz estabelecer, para os magistrados e funcionarios encarregados de applical-a, um signal exterior, meio certo, simples e rapido de reconhecer a importancia que tinha attribuido a cada facto: *distinctio delictorum ex pœna*.

Mas, mesmo no ponto de vista juridico e pratico, passivel de critica é a classificação.

E' ficticia, pois não corresponde á uma differença essencial entre os grupos de infracções; e, quando o legislador tivesse adoptado para si, como criterio de classificação, a gravidade relativa dos factos puniveis, a classificação teria o vicio de illogica, visto que neste caso se deveriam introduzir nella tantos ramos quantos os delictos com designação especial na lei.

Não ha, com effeito, dois delictos de nome differente que tenham a mesma gravidade.

Nem mesmos os intuitos praticos que se querem emprestar á classificação, como fornecendo ao juiz um signal exterior, simples e rapido para reconhecer a importancia que a lei attribuiu a cada facto punivel, são por ella sempre conseguidos.

De facto, ella não corresponde á divisão das penas, pois que esta divisão perdeu a sua significação; o régimen repressivo, longe de se especialisar, tem-se tornado cada vez mais uniforme e a prisão principal ou subsidiaria é applicada de uma maneira, por assim dizer, geral a todas as categorias de infracções.

Não corresponde tambem á divisão das jurisdicções, pois que o systema da *correccionalisação* e da *contravencionalisação* e das circunstancias attenuantes transforma constantemente crimes em delictos e delictos em contravenções, sem que os tribunaes possam declinar a sua competencia.

Nota ainda PRINS que a classificação franceza não corresponde á tradição historica. O direito grego e o direito romano distinguem os delictos publicos e os delictos privados, segundo a gravidade do acto commettido: foi este systema que passou para o antigo direito francez, em que as infracções eram divididas em delictos de *grande criminoso*, reprimidos com penas afflictivas e infamantes e julgados segundo o processo inquisitorial e sob a accusação do ministerio publico, e delictos de *pequeno criminoso*, julgados summariamente na audiencia, com accusação do offendido, e punido com penas leves.

O mesmo facto se verificava no antigo direito allemão (*Unge-richte* — crimes maiores, e *Frevel* — crimes menores) e se veri-

fica no moderno direito inglez (*indictable offenses*, infracções cuja apreciação cabe á jurisdicção superior, e *not indicable offenses* que o juiz examina sumariamente).

23. — Adoptando como criterio differencial a natureza intrinseca dos factos violadores da norma penal, a classificação bipartita os distribue em dois grupos, a saber: os *crimes* ou *delictos*, de um lado, e as *contravenções* ou *transgressões de policia*, de outro lado. E' a classificação que tem sido preconizada por grande numero de criminalistas como a mais racional, scientifica e mais conforme a natureza das coisas.

Vemol-a adoptada pelos codigos do cantão de VAUD (1844), de MALTA (1854), Perú (1862), Suecia (1864), Dinamarca (1866), Mexico (1871), Venezuela (1873), Hollanda (1881), Portugal (1886), Argentina (1886), Italia (1889), Colombia (1890), Neufchatel (1891), Noruega (1902), pelos projectos do codigo federal suizo de STOOS e pelo codigo penal bulgaro, de 2 de fevereiro de 1896.

Sob as injuncções da escola do direito natural, FEURBACH, na Allemanha, CARMIGNANI, CARRARA, PUCCIONI e outros representantes da escola toscana distinguem o delicto da contravenção pelo seguinte modo: o *delictor* consiste em acção inspirada por má intenção e que offende directamente direitos individuaes ou collectivos e cujo character nocivo e perigoso é reconhecido em todos os paizes civilizados, é em si mesmo um mal — *malum quia malum*; a *contravenção* é o facto em si moralmente innocente ou commettido sem intenção má e sem damno, mas que é punido, a titulo preventivo, para evitar futuros damnos individuaes ou collectivos, dest'arte assegurando-se as condições de conveniencia social — é *matum quia prohibitum*, mal sómente porque a lei prohibe. Este character das contravenções ficou delineado por ZANARDELLI em sua Relação ministerial ao Senado, quando as considera factos "*non sempre in loro stessi intrinsecamente immorali o contro il giure naturale; divengono reato, perché la legge per un supremo interesse politico quei fatti proibisce, o quelle omissioni condanna. Sono quindi una mera creazione politica, la quale é intensa a tutelare i diritti dei consociati e si resolve in un vincolo alla libertà individuale imposto nell'interesse generale e commune dal legislatore*".

"*Il precetto della legge, diz ainda, nei delitti dice, ad exemplo: non uccidere e dice nelle contravvenzioni: non far nulla che possa esporre a pericolo la vita altrui. Nei primi dice: non danneggiare l'altrui proprietà, e nelle seconde: non far nulla da cui possa derivare danno alla melesima.*"

Assim, materialmente distingue-se o delicto da contravenção em consistir aquelle em uma lesão juridica effectiva ou potencial, e a contravenção na ausencia de tal lesão: moralmente o delicto requer,

em regra, a má intenção, e em determinados casos a culpa, a contra-venção apenas a voluntariedade da acção, prescindindo do dolo e da culpa. como condições de punibilidade: são elementos moraes estes indifferentes, pois *il fatto medesimo*, diz CARMIGNANI, *prendesi in luogo del dolo e della culpa.*”

Modernamente esta concepção recebeu melhor formulação na doutrina desenvolvida por LISZT, MERKEL, HALSCHNER, OLSHAUSEN, ROSIN.

Para estes criminalistas a diferença especifica está na *offensa* do bem juridico, e este não é identico com o direito subjectivo, nem o tem necessariamente por objecto (n.º 6). Por *offensa* entende-se já a lesão immediata, pela qual o bem é destruido ou soffre diminuição no seu valor, ou o perigo *in concreto*, ou *damno* potencial, e precisamente determinado pela lei, por exemplo, o perigo “para a vida ou para o corpo”.

A’s normas que prohibem a *offensa* e o perigo *in concreto* contrapõem as que prohibem certos actos, porque elles envolvem *in abstracto* a possibilidade de um perigo para certos bens juridicos.

Em taes casos esse perigo possivel é o unico motivo da norma.

Os *delictos de lesão* (*Verletzungsdelikte*) e os *delictos de periclitacão* (*Gefahrdungsdelikte*) pertencem ao injusto criminal, e os *delictos de desobediencia* (*Ungehorsamsdelikte*) ao *injusto policial*.

BINDING não quer fazer uso da denominação *injusto policial* para designar o contraste em questão, porque a prevenção, que é o caracteristico da idéa de policia não lhe parece adequada para assignalar a diferença entre uma e outra categoria de delictos.

Pondera, porém, ROSIN, que a policia tem a sua essencia, não no fim indeterminado da prevenção, e sim na forma juridica da limitação da liberdade a bem do interesse commum, pelo que lhe parece absolutamente justificado designar-se como policial o injusto que, sem lesão de bens juridicos e sem outro caracteristico, apresenta-se sob a forma de mera transgressão de preceitos policiaes.

24. — A distincção assignalada entre delicto e contra-venção não foi aceita por crescido numero de criminalistas, quer classicos, quer da escola positiva italiana.

Para BECKER, GEIB, HEFFTER, von BAR, comò para FERRI, LONGHI, ZERBOGLIO, FLORIAN e outros representantes da escola positiva, não ha diferença substancial entre delictos e contra-venções, ou entre o injusto criminal e o injusto policial, pois são acções anti-sociaes, prohibidas pela lei, e lógo anti-juridicas, diversas em grao, mas não na essencia.

Na verdade, uma distincção quantitativa, mas não qualificativa, pode ser notada, e é entre acções contrarias ás condições de existencia, individuaes e sociaes, primarias e essenciaes, acções que produzem lesão profunda na organização juridica, e acções contrarias

ás condições de existencia não essenciaes ou menos importantes, contingentes e accidentaes ou secundarias, aquellas constituindo o injusto criminal, e estas o injusto policial. No direito positivo de cada povo nota-se assim uma parte indispensavel e estavel, e outra menos imperiosa, por assim dizer fluctuante, dependente mais de circunstancias transitorias e até de meras necessidades e relações locais. Trata-se assim de factos mais graves e de factos menos graves, o que importa, nota TOSTI, em a repetição de velhos principios, por quanto sendo a pena o indice da maior ou menor anti-sociabilidade de uma acção, é um regresso ao systema francez que propõem os citados criminalistas.

Vendo admissivel só uma distincção quantitativa, objectam contra a classificação bi-partida baseada na natureza intrinseca dos factos puniveis que o caracter de immoralidade não é essencial e peculiar aos delictos, porquanto diversos delles existem como os politicos, em que esse caracter só resulta de significarem uma violação da norma juridica.

Mas se immoraes devem ser reputadas todas as acções contrarias ás prohibições da autoridade — prohibições estabelecidas no interesse da communhão, tendo em attenção o bem da sociedade, não ha distinguir entre delicto e contravenção (MITTERMAYER, A. J. DA COSTA E SILVA). Depois, observa TOSTI, o adjectivo *indifferente* para qualificar a acção da contravenção não se póde realcionar com a moral e os principios do direito natural, porque em estricto rigor, não existem acções indifferentes em moral, e a distincção entre direito natural e direito positivo é uma mera abstracção, não correspondentemente á realidade das coisas.

Dahi porque nos codigos vemos punidas como contravenções diversas acções inspiradas por intenção má.

Quanto ao damno, objecta-se mais, não é peculiar e essencial aos delictos, por isso que destes alguns existem sem tal resultado, e de outro lado contravenções occorrem que o geram, accrescendo notar que tanto o delicto como a contravenção tem a potencialidade de prejudicar a ordem publica.

A' estas objecções, respondeu LUCCHINI, firmando de modo mais claro o criterio differencial impugnado, que dominou a elaboração do codigò italiano: "La differenza che passa tra um delitto ed una contravvenzione stá in ciò che, laddove il primo infrange un *dovere specifico e lede effettivamente o potenzialmente un diritto determinato ed organico*, la seconda viola invece un *dovere generico, espone soltanto a pericolo indeterminatamente un diritto*, e per questo il delicto *é inseparabile dal dolo o dal danno*, che al contrario *non sono affatto richiesti nelle contravvenzioni*."

E ainda fundamentando a distincção: "non vi é delitto, ma *contravvenzione* dove l'obbiettivo del fato incriminato dalla legge sia, non già un diritto specifico di pertinenza privata (come nell'

omicídio, nel furto, ecc.) o pubblica (come nell'alto tradimento, nella falsa moneta, ecc.), ma una *condizione o norma di condotta da cui dipende la tutela di un diritto o di una sfera generica di diritti* (come, ad esempio, la sorveglianza di animali pericolosi, la continenza negli alcoolici, la custodia delle sostanze venefiche, l'esercizio di certe professioni, mercature ed industrie, la detenzione ed il porto delle armi, ecc.). Nella quali obbiettività del fatto si ha bensì la potenzialità della lesione, ragione per cui cade sotto a disciplina e provvidenza del legislatore, e quindi il concorso di un elemento indispensabile a costituire un reato, ma di tale indole che nettamente si distaca e distingue della lesione che caracteriza il delitto, la quale può ben essere anco in questo meramente virtuale, però sempre relativa ad *una determinata spettanza giuridica, direttamente o concretamente presa di mira.*"

Dahi porque nos delictos contra as pessoas ou contra a propriedade pôde haver um queixoso; a indeterminação do facto contravencional afasta a idéa de parte queixosa, sendo, por isso, corrente que nos processos por contravenção, não cabe a accusação particular (CHAVES e CASTRO DA MATTA).

A contravenção representa um perigo, ás vezes unicamente para o proprio agente della; não certo, como no delicto consummado ou frustado; não *provavel*, como na tentativa; mas *presumido* pelo legislador, que se substitue á providencia dos cidadãos, e, visto como a presumpção é indestructivel (*juris et de jure*), a contravenção é punivel em si, independentemente das consequencias.

25. — A distincção entre delicto e contravenção implica, segundo CARRARA, a separação entre o magisterio penal, que se inspira na justiça absoluta e tem por objecto acções moralmente más, e o magisterio de bom-governo, que se inspira na utilidade e tem por objecto acções moralmente innocentes.

A confussão dessas duas manifestações da função juridica do Estado redundará em prejuizo de ambas, tornando a prevenção inefficaz pela invasão das maximas rigorosas do direito penal sobre a responsabilidade moral e, por sua vez, o magisterio penal contaminado de arbitrio em detrimento da justiça.

Dahi porque na Toscana, na Hungria, em Basiléa, em Zurich, os delictos e contravenções fazem objecto de codigos distinctos.

A maioria, porém, dos codigos seguiu orientação diversa, comprehendendo ambas as formas da violação do preceito legal.

Argumenta-se que sendo as penas de policia verdadeiras penas, sua irrogação deve ser submettida aos principios fundamentaes da imputabilidade criminal, e por isso, as contravenções, especialmente de character geral e permanente, devem ser comprehendidas pelo codigo dos delictos. Repressão e prevenção são duas formas insepa-

raveis da missão tutelar do Estado na defesa social contra a delinquencia.

A prevenção dos delictos póde ter um caracter estritamente juridico ou meramente político, attentos os meios adoptados na escolha das providencias preventivas.

Ou o legislador recorre aos meios indirectos (providencias legislativas geraes sem caracter repressivo) para combater as causas de delictos, os fomentos de criminalidade, e exerce o que propriamente se deve chamar o *magisterio de bom governo*, sem caracter penal, pondo em acção aquellas especies de medidas legislativas indirectas que FERRI denominou — substitutivos penaes; ou emprega medidas directas, repressivas, verdadeiras penas, contra os actos que offerecem perigo de delictos por serem violadores daquellas condições indispensaveis á incolumidade dos direitos; e, neste caso, exerce o *magisterio de policia punitiva*, cujo conteúdo é precisamente a materia das contravenções.

O criterio, pois, que discrimina a policia punitiva do magisterio de bom governo, é o emprego da pena como meio preventivo, como advertencia, como coacção psychologica para desenvolver a previdencia humana e obstar a repetição de actos que contem um *perigo potencial* de lesões de direitos.

Se as penas são inefficazes para conter as tendencias criminosas que revelam profunda e talvez incuravel corrupção moral, a sua efficacia não é contestavel quando se trate de advertir o cidadão da tendencia anti-jurídica de sua vontade, ainda não contaminada, de corrigir as impulsões criminosas pouco arraigadas, com o fim de prevenir os delictos occasionaes que são o nucleo ou o germen da delinquencia habitual, ou de contrariar aquelles habitos que, não sendo em si delictuosos, são, comtudo, condições favoraveis ao desenvolvimento das inclinações delictuosas, como sejam a embriaguez, a vagabundagem, os jogos de azar, etc.

São, pois, as providencias de policia punitiva, além de meios phophylacticos contra a alta criminalidade, efficazes recursos para prevenir os delictos occasionaes e, principalmente os delictos culposos, sobre protegerem a sociedade contra as consequencias desastrosas que podem resultar de actos praticados sem intenção reprovavel. Estas considerações, ao mesmo tempo que dão a razão de punir dos factos contravencionaes, põem em relevo a necessidade de serem comprehendidos no mesmo codigo dos delictos.

Os argumentos de CARRARA só provam que diversos são entre si delictos e contravenções, como diversos são os criterios que presidem á sua incriminação e á imputabilidade do agente de uns e de outros.

Respeitados, porém, os peculiares principios que a uns e a outros regem, devem ser previstos em um só codigo crimes e contravenções, por serem as penas de policia verdadeiras penas e, por

isso, submettida a sua irrogação aos principios fundamentaes da imputabilidade criminal (CARVALHO MOURÃO).

Nesta ordem de considerações pondera LUCCHINI que, não obstante o character differencial dos delictos e contravenções, attenta sua natureza intrinseca, têm, porém, elementos essenciaes communs: a vontade do facto, a objectividade juridica e o alarma social, e assim constituindo as contravenções verdadeiras e proprias infracções penaes.

26. — O nosso codigo criminal de 1830 não distinguia expressamente os factos violadores do preceito penal, declarando antes, no art. I, synonymos os termos — *crime* e *delicto*, mas usando preferentemente o primeiro destes termos. Em germen, porém, trazia a distincção entre crimes e contravenções, porque da natureza destas eram os factos que constituíam a quarta parte, sob a denominação de — *crimes policiaes* (arts. 276 a 307). Não se cingia, entretanto, a criterio seguro, o que não é de admirar, attento o estado da sciencia juridica na época, e, por isso, incluindo entre as infracções policiaes, factos que constituíam verdadeiros crimes, como os offensivos da liberdade de cultos (arts. 277, 279 e 280) e os previstos no cap. 3.º como offensas publicas ao pudor e como ajuntamento illicito.

O termo — *contravenção* — vemos empregado pela primeira vez no Codigo de Processo Criminal, arts. 12 § 7 e 205, e depois nos arts. 58 § 6 e 128 do Reg. n. 120 de 31 de janeiro de 1842, para denotar a infracção das posturas municipaes.

Estas mesmas leis processuaes criminaes e outras subsequentes não fizeram mais que agravar a confusão reinante entre factos contravencionaes e delictos, por isso que adoptáram como criterio differencial o gráo da pena com que eram punidos.

Dahi porque vemos considerados como crimes policiaes, sujeitos a rito processual especial, os definidos nos arts. 98, 100, 128, 189 (carcere privado), 191, 209 e 210 (violação de domicilio), 215 e 217 (violação do sigillo da correspondencia), 223 (offensas phisicas com fim libidinosos), 235 (falsa denunciação), 237, § 3.º, 238, 240 e 241 (injurias), e os crimes definidos na Lei n. 601 de 18 de setembro de 1850 sobre as terras devolutas (damno) e na Lei n.º 2.033 de 1871 (offensas phisicas por imprudencia), factos que constituem verdadeiros crimes e não contravenções propriamente ditas (Cod. do Proc. Criminal, arts. 12 § 7, Reg. n. 120, de 1842, arts. 58 § 6 e 128, Decr. n.º 4.821, de 22 de novembro de 1891, art. 47).

O codigo vigente veio trazer um progresso á nossa legislação, quando adoptando a classificação bi-partita, reuniu no 3.º livro as contravenções em especie, discriminando-as assim dos crimes em

especie, objecto do 2.º livro, e fazendo cessar a confusão até então reinante.

Como se houve o legislador nessa orientação, é ponto que verificaremos depois, especialmente ao apreciar as definições de crimes e de contravenções, dos arts. 7 e 8.

Quanto ainda ao art. 2, que ora commentamos, desde que faz consistir a violação do preceito penal em acção e omissão, e constituir crime ou contravenção, resulta que ha crimes por acção e crimes por omissão, contravenção por acção e contravenção por omissão.

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

a) si não fôr considerado passivel de pena :

b) si fôr punido com pena menos rigorosa.

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

27. — Trata-se neste artigo da efficacia ou força extrinseca da lei penal em relação ao *tempo*.

Assim encarada, a efficacia da lei penal pôde ser considerada em sentido geral e em sentido particular.

Neste ultimo aspecto, a efficacia da lei pôde cessar em relação a um individuo dado em virtude de *prescripção*, materia prevista nos arts. 71 e seguintes do codigo, que apreciaremos opportunamente. Em relação ao tempo, em geral, a efficacia da lei penal começa no momento em que se torna obrigatoria e cessa com a sua revogação *total* (abrogação), ou *parcial* (derogação), segundo deixa de vigorar no todo ou em parte de suas disposições, podendo a revogação ser *expressa* ou *tacita*, conforme resulta da declaração formal, em uma lei, de que ficam sem effeito, no todo ou em parte, certas leis anteriores, ou da incompatibilidade existente entre as condições de uma nova lei e as de outras leis anteriores.

Assim, como aliás já notamos (n.º 11), a força obrigatoria da lei penal só pôde cessar pela revogação, nenhuma influencia tendo a desuetude ou costume em contrario.

Em relação ao momento da obrigatoriedade, esta começa, segundo o nosso direito, quando depois da sancionada, e promulgada a lei, nos termos dos arts. 37 e 38 dá Constituição Federal, — é devidamente publicada.

Dispondo a respeito, diz o codigo civil :

“Art. 2.º A obrigatoriedade das leis, quando não fixem outro prazo, começará no Districto Federal tres dias depois de officialmente publicadas, quinze dias no Estado do Rio de Janeiro, trinta

dias nos Estados maritimos e no de Minas e Graes, cem dias nos outros, comprehendidas as circumscripções não constituidas em Estados.

§ unico. Nos paizes estrangeiros a obrigatoriedade começará quatro mezes depois de oficialmente publicadas na Capital Federal”.

A publicação, pois, se não envolve a certeza do conhecimento da lei, implica a presumpção de que todos ficam por esta forma notificados da sua existencia com força obrigatoria.

Dahi, como corollarios: 1.º, que ninguem pôde invocar a ignorancia da lei para preterir a sua observancia (codigo civil, art. 5, codigo penal, art. 26, letra a) : 2.º, que a lei obriga para o futuro, e, portanto, não tem força retroactiva.

Desta ultima consequencia se occupa ainda o codigo penal nos arts. 1 e 3, e a Constituição Federal, quando “veda aos Estados, como a União, prescrever leis retroactivas (art. 11), e quando estabue que “ninguem será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de *lei anterior* e na fórmula por ella regulada (art. 72, § 15), preceitos que especialisam o principio tambem estabelecido neste art. 72, § 1.º que “ninguem pôde ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma cousa, *senão em virtude de lei.*”

Assim, a lei penal não tem effeito retroactivo ou ulterior, isto e, não pôde ser applicada á acções commettidas antes de sua publicação, nem tampouco á acções occorridas depois que cessou de vigorar.

Mas quando se diz que a lei penal não tem feito retroactivo, se entende o caso em que ella declara punivel um facto que não era punido ou agrava a pena estabelecida pela lei anterior. Tem effeito retroactivo, quando é favoravel ao inculpado.

Em geral, os autores costumam considerar a irretroactividade como regra, e a retroactividade como excepção.

Mas como bem pondera LIMA DRUMMOND, não ha uma regra e uma excepção, e sim dous principios geraes; o da não retroactividade da lei mais rigorosa e o da retroactividade da lei menos rigorosa.

Para que o primeiro constituisse regra e o segundo excepção ou vice-versa, seria preciso que em regra as leis penaes novas fossem mais ou menos rigorosas que as leis penaes anteriores.

Ora, o rigor maior ou menor da lei nova depende do momento em que se torna necessaria a sua promulgação.

Diversos autores procuram justificar a irretroactividade da lei penal, appellando para a garantia e o respeito aos direitos adquiridos.

Mas como ainda pondera LIMA DRUMMOND, não se pôde cogitar de direitos adquiridos na ordem publica e as relações juridico-penaes são relações juridicas de ordem publica.

E' a garantia devida aos direitos individuaes o que justifica a

irretroactividade da lei penal. Sempre que a lei nova em sua efficacia extrinseca não trouxer lesão aos direitos individuaes, a lei penal pôde ser retroactiva. Na irretroactividade da lei penal, diz HAUS, vemos uma consequencia do principio fundamental do direito penal.

Para ser legitima, a pena social deve ser necessaria. O poder social não pôde, pois, applical-a senão em virtude de uma lei devidamente publicada, e depois de um prazo sufficiente para que possa ser considerada como conhecida, porque a lei que ameaça de um castigo aquelles que forem tentados a infringil-a, é um meio efficaz para prevenir as infracções. Sómente quando o agente afrontou a ameaça legal, commettendo o facto incriminado, que a necessidade de applicar a pena se revela com certeza; a violação da lei prova que a ameaça foi impotente para desviar do crime quem o executou. Mas não se pôde infringir uma lei que não é ainda obrigatoria.

A pena applicada a factos anteriores não seria, pois, justificada pela necessidade, porque o temor da pena edictada pela lei antes que fossem commettidos talvez pudesse impedil-os.

Na necessidade ainda da pena para sua legitimação vamos encontrar a base da regra, que faz retroagir a lei nova em favor do inculpadó. Com effeito, a sociedade não poderia, sem flagrante injustiça e extranha inconsequencia, continuar a applicar, mesmo a factos anteriores, um castigo que julgou dever supprimir ou abrandar, porque a existencia ou a severidade desse castigo lhe pareceu inutil” O principio, pois, não importa sómente um favor ao accusado, ou não é determinado unicamente por uma razão de equidade, senão tambem por uma razão de ordem publica, pois, a juizo do proprio legislador, a punição segundo a lei antiga seria mais rigorosa do que pede a necessidade da repressão do delicto em questão, e todo o excesso de pena é um mal injustificavel (JOSÉ HYGINO). E’ de notar que o principio da não retroactividade da lei penal não autorisa que sob o imperio da nova lei seja mantido um estado de facto que ella veda, e até então licito ou não prohibido. O principio impede sómente que os factos anteriores á decretação da lei sejam objecto de processo (GARRAUD, HAUS).

A distincção entre casos de retroactividade e casos de não retroactividade, como vem de ser exposta, não encontrou acolhida na escola positiva.

Prega-se ahi a absoluta retroactividade da lei penal, quer favoravel, quer não favoravel ao accusado, porque a lei nova significa que a anterior, que ella substitue, não corresponde á defesa das mudadas condições sociaes, ou porque era insufficiente (dahi a qualificação de novos delictos ou aggravamento de pena), ou porque era excessiva (dahi a diminuição de pena ou eliminação de delictos), e, por isso, não deve ser mais applicada. Uma excepção é admittida por muitos dos sectarios da escola, quando se trata da qualificação de novos delictos, caso em que a lei não deve ter effeito retro-

activo, excepção que FERRI aceita mediante a distincção assignalada por GAROFALO entre delicto natural e delicto legal, admittindo a efficacia retroactiva da lei quando se tratar de factos que constituam por si uma violação da moralidade media e dos sentimentos fundamentaes da piedade e probidade, e negando, ao contrario, tal effeito quando a lei nova pune factos indifferentes, de índole contra-vencional, de mera criação política.

Pela retroactividade tambem se pronunciam BINDING, SCHMID, GEYER, HALSCHNER, SCHUTZE e outros criminalistas allemães.

28. — O nosso anterior codigo, arts. 309 e 310, admittia a retroactividade da lei sómente em relação aos factos ainda não julgados definitivamente e nos casos em que a lei nova não considerasse crime o facto como tal qualificado na lei anterior ou no de punil-o com pena mais leve. Quanto á latitude ou generalidade dessas disposições divergiam seus commentadores, entendendo uns, em face de sua letra, que eram de natureza transitória, applicaveis sómente em caso de conflicto entre a legislação anterior e o codigo, prevalecendo como regra a irretroactividade, consoante a regra do art. 33, que estatua: “nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem com *mais* ou *menos* daquellas que *estiverem* decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio ou minimo, salvo o caso em que aos juizes se permittir arbitrio (JOÃO VIEIRA); entendendo outros em sentido amplo, como disposições geraes, sempre a applicar desde que uma nova lei seja favoravel ao accusado, por quanto traduzem um principio de justiça, de evidente procedencia.

O codigo vigente, como se vê do art. 3, ora commentado, dissipou as duvidas, firmando regras geraes.

Não deixa, porém, de conter uma redundancia quando declara que a *lei penal não tem effeito* retroactivo, porquanto tal preceito já se acha contido no art. 1, determinando que a qualificação do crime e a determinação da pena só podem ser feita por *lei anterior ao facto*. Determina em seguida os casos em que a lei tem effeito retroactivo, e que vamos apreciar particularmente.

29. — O primeiro caso de retroactividade da lei penal, pelo codigo, se verifica quando “o *facto anterior não fôr considerado passivel de pena.*”

Isto póde occorrer: 1) quando o facto anterior não era qualificado como crime ou contravenção e só recebe esta qualificação pela lei posterior; 2) quando o facto anterior já era qualificado como crime ou contravenção e uma lei posterior supprimiu essa qualificação.

Estas modalidades vêm expressas em forma *analytica* e clara no art. 2 do anterior e actual codigo penal italiano, assim:

“Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso non costituiva reato.

Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posterior, non costituisca reato; e se vi sia stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.”

Na *Relazione*, vemos justificadas estas disposições por este modo :

“Il reato non esiste senza una legge penale che lo provvede. Ma perché si abbia questo estremo é naturale che la legge imperi nel momento in cui é commesso il fatto.

Di que il canone della non retroattività della legge penale, contenuto nella essenza medesima del reato, e per ogni legge universalmente dettato nel art. 2 delle disposizioni generali premesse al Codice Civile. Esso é tuttavia troppo importante perché sia taciuto in un Codice penale, nel quale torna opportuno che si proclami più specificamente, come una guida costantemente presente al magistrato, e altresì como una norma che il legislatore impone a sé stesso, Ma non basta che le legge non possa essere retroattiva, ciò che é disposto nella prima parte dell'art. 2; fa pur mestieri dichiarare che *la legge non può spiegare la sua efficacia oltre il tempo per cui fu dettata ed in cui rimase in vigore*. Quando venga abrogata in qualsiasi modo, deve ad essa sostituirsi l'impero della legge nuova che provvede intorno alla materia. E così, se una legge, che ha cessato di imperare, considerava un fatto come reato, e non lo consideri come tale la legge a quella succeduta e che in atto governa, ne viene la conseguenza che quel fatto non debba e non possa più aversi per reato; altrimenti la legge che fu, continuerebbe ad avere efficacia oltre il tempo per cui era in vigore quest'altra norma é appunto consegnata nel primo capoverso dell'art. 2.”

Comprehende-se tambem na letra *a* do art. 3 de nosso código o caso em que a lei posterior include um novo elemento para que o facto possa ser considerado crime ou contravenção, hypothese que mais frequentemente occorre na reforma da legislação repressiva (ESCOREL).

30. — O segundo caso de retroactividade da lei penal, pelo nosso código, tem logar quando o *facto anterior fôr punido com pena menos rigorosa*.

Por essa forma o código restringe a applicação retroactiva da lei nova a este e ao anterior caso, deixando de attendel-a, quando sob qualquer outro ponto de vista ella fôr mais favoravel ao accusado, restricção que não vemos em outros códigos nos quaes aliás se inspirou. Assim, o código allemão dispõe no art. 2, 2.º alinea : “Se desde a época em que a infracção foi commettida até a época do respectivo julgamento a lei penal fôr alterada, applicarse-á a disposição mais branda”.

Consoante esta disposição devem ter effeito retroactivo as prescripções mais favoraveis ao accusado, e como taes se entendem todas as de direito material sobre os effeitos penaes do delicto, como as referentes á responsabilidade criminal, ás causas de não culpabilidade ou de isenção de pena, ao genero, ao numero e á duração das penas ás circumstancias aggravantes e attenuantes, á prescripção, etc. (LISZT).

Mandando applicar tambem as disposições, mais favoraveis vemos o italiano, art. 2, ultimo aliena, o portuguez, art. 6, numero 3, etc.

Não temos um criterio unico para aferir o que seja *pena mais rigorosa*, diante das hypotheses diversas que podem occorrer.

Tendo em vista o systema penal adoptado pelo nosso codigo, cumpre ter em vista os seguintes casos:

- a) penas de genero differente;
- b) penas do mesmo genero e de especie differente;
- c) penas do mesmo genero e da mesma especie.

31. — 1.º caso — A pena de prisão, qualquer que seja a especie e a pena de multa, são penas de genero differente, e, neste caso, a propria natureza da pena indica qual a mais rigorosa.

Assim, a pena de *prisão* é mais rigorosa que a de *multa*.

2.º caso — A prisão celllular, a reclusão, a prisão com trabalho (hoje prisão correccional), a prisão disciplinar são penas do mesmo genero, mas de especies differentes.

O rigor da pena é, então, determinado, não pela posição desta na escala estabelecida pelo art. 43, como entende ESCORREL, mas, como nota MACEDO SOARES, pela natureza e pelo logar onde é cumprida a pena.

Assim, a *prisão celllular* (art. 45) é mais rigorosa que a de *prisão com trabalho* (art. 48); esta mais que a de *reclusão* (art. 47); esta mais que a *disciplinar* (art. 49).

A pena de prisão com trabalho é mais rigorosa que a de reclusão, porque nesta não entra como elemento o trabalho obrigatorio, a prisão é simples, embora em fortaleza, praça de guerra ou estabelecimento militar.

Ha uma simples privação de liberdade de locomoção não sujeita ao regimen penitenciario.

Ao passo que a de prisão com trabalho é cumprida sob o regimen penitenciario, embora menos rigoroso que o celllular, por ser em estabelecimento agricola, ou em presidios militares, com a obrigação do trabalho.

Além da privação da liberdade de locomoção, ha obrigatoriedade do trabalho. Acresce que tanto foi esse o espirito do legislador que a reclusão é applicada sómente aos crimes politicos previstos nos arts. 107, 108, 109, 111 e 115 e a pena de prisão com

trabalho aos delinquentes communs e de peor especie, aos vadios, vagabundos, capoeiras (arts. 400 a 403), que devem ficar sujeitos a penas mais rigorosas, entrando o trabalho como meio de regeneração no regimen penitenciario.

3.º caso — Quando as penas são do mesmo genero e da mesma especie, a mais rigorosa é a de tempo mais longo.

Assim, a prisão cellular por 12 a 30 annos (art. 294, § 1.º) é mais rigorosa que a de 6 a 24 annos (art. 294, § 2.º); esta é mais rigorosa que a de 4 a 12 annos (art. 295, § 1.º).

E' esta a mesma regra para suspensão do emprego (arts. 43, letra *g* e 57). Na pena de perda do emprego publico (arts. 43, letra *g* e 56) é preciso distinguir se é *com* ou *sem inhabilitação* para exercer qualquer outro emprego.

No primeiro caso é mais rigorosa, pois além da perda de todos os serviços e vantagens do emprego exercido, a inhabilitação torna mais precaria a situação do delinquente, que não poderá ser nomeado para o mesmo, ou exercer qualquer outro emprego publico, ainda mesmo depois do cumprimento da pena. Na pena de multa (art. 43, letra *h*), a mais rigorosa determina-se pela maior quantia a que o delinquente é condemnado a pagar (art. 58)

A pena de interdição (art. 43, letra *f*) é accessoria e consequencia da de prisão cellular maior de seis annos (art. 55), e por isso não está sujeita á graduação do rigor, senão para o effeito de graduar o rigor da propria prisão cellular.

Assim, a prisão cellular por mais de seis annos é mais rigorosa que a prisão cellular por menos daquelle tempo, porque acarreta a interdição com os effeitos mencionados no art. 55.

Dado o caso de duas leis que estabeleçam, ou sómente uma dellas, a pena de prisão e multa, ou outra pena, além da prisão, deve ser considerada como principal a pena de prisão para se poder considerar qual a mais rigorosa.

Se a prisão, porém, é pelo mesmo tempo, deve-se recorrer a pena ou penas accessorias para se avaliar do rigor de cada uma dellas.

Assim, quando as duas leis estabelecem a mesma prisão, mas multas differentes, ou quando uma dessas leis edita só uma multa, deve-se applicar aos factos anteriores a lei que estabelece multa menor, ou que não récorreu a este meio de repressão.

Sucedendo que a nova lei eleve o maximo da pena estabelecida pela lei anterior, abaixando ao mesmo tempo o minimo, ou quando, em sentido contrario, abaixe o minimo da pena e eleve o seu minimo, o juiz não pôde combinar as duas leis em favor do accusado, de maneira a tomar o minimo menos elevado de uma dellas e o maximo reduzido pela outra, porque seria fazer uma lei transitoria, o que importaria legislar.

O juiz deve fazer separadamente os dous computos penaes, calculando a pena que deveria applicar *in concreto* por uma e outra lei, para escolher dentre as duas a que fôr menos rigorosa.

Deve-se considerar comprehendido na disposição da letra *b* do art. 3, o caso em que o legislador aboliu uma circumstancia aggravante que determinou a condemnação a uma pena a que não seria condemnado o réo, não havendo essa aggravante (ESCOREL).

Tratando-se, porém, de *facto permanente*, como a sequestração de pessoa (art. 180), começado no dominio de uma lei e continuado no dominio de outra lei, deve ser punido de accordo com a *nova* lei, ainda que esta estabeleça pena mais rigorosa.

O mesmo tem lugar em caso de delicto *continuado* e de *delicto habitual*. Em contrario vid. decisão VI no n.º 37.

32. — O preceito da retroactividade da lei penal quando mais branda, nos termos do codigo, tem ainda applicação no caso de conflicto entre tres leis successivamente publicadas e relativas ao mesmo factio, o que pôde acontecer quando o legislador, esclarecido pela experiencia, reconhecer a necessidade de supprimir ou de reduzir a attenuação estabelecida na repressão desse factio, e que teve como resultado augmentar a numero das infracções. Em consequencia, se a nova lei abrandar a pena estabelecida pela lei anterior sob o imperio da qual foi commettido o factio, este abrandamento deve aproveitar ao accusado, ainda que ao tempo do julgamento uma terceira lei restabeleça a primeira.

Egualmente, quando a lei inflingida pelo accusado fôr substituida por uma lei menos severa, e que antes do julgamento esta fôr seguida por uma terceira mais rigorosa que a segunda, mas menos severa que a primeira, é a segunda que deve ser applicada. Não se pôde applicar a primeira, porque a segunda deve retroagir em favor do accusado e não se pôde applicar a terceira, porque seria dar a esta um effeito retroactivo em prejuizo do accusado (HAUS).

Os codigos italiano, art. 2, ultimo aliena, o allemão, art. 2, segundo aliena, admittem a retroactividade no sentido exposto. Assim, o juiz ou tribunal deve ter em attenção não só a lei vigente ao tempo da acção e ao tempo do julgamento, como tambem as leis que forem decretadas no periodo intermediario.

33. — A applicação retroactiva da lei penal, nos casos do art. 3, tem lugar, segundo estatue o seu paragrapho unico, mesmo na hypothese de coisa julgada ou de *sentença condemnatoria definitiva*, isto é, de decisão judicial de que não caiba recurso.

Embora essa disposição não fale em *condemnação definitiva*, não exclue expressamente dos effeitos da retroactividade a coisa julgada, o que deixou explicito ainda o autor do codigo, quando apreciando a mesma disposição, em cotejo com as do codigo anterior, assim se expressa :

“Alargando a retroactividade da lei penal, que o código imperial, nos arts. 309 e 310, applicou sómente em relação aos factos ainda não julgados, quer no caso da lei nova não considerar crime o facto como tal qualificado na lei anterior, quer no de punil-o com pena mais leve, o código vigente tornou retroactiva a lei, em ambos os casos, *ainda mesmo havendo condemnação passada em julgado*”.

Não ha uniformidade, na doutrina e nas legislações, a respeito dos effeitos da retroactividade da lei penal em relação á coisa julgada.

Em França, e em face do art. 4 do código penal, que estatue :

“Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées *par la loi avant qu'ils fussent commis*”, tem-se entendido que a lei nova não aproveita, de pleno direito, ao condemnado, o que só póde ter logar mediante uma disposição transitoria ou mediante o recurso de graça. Escreve GARRAUD :

“On doit decidir que si la loi nouvelle ne profit pas, de plein droit, aux condamnés, il est de devoir du législateur de leur appliquer, par une disposition transitoire, le bénéfice de ses prescriptions. Mais si l'intervention du pouvoir législatif ou celle du pouvoir exécutif, ne s'est pas produite, les magistrats du ministère public devront, malgré la promulgation de la loi nouvelle, assurer l'exécution de la condamnation devenue irrévocable, car la loi ne rétroagit jamais, de plein droit, pour anéantir ou modifier la chose jugée.”

No mesmo sentido LABORDE : “Alors même que la loi nouvelle supprimerait l'incrimination du fait qui a motivé la condamnation, cette suppression ne saurait profiter aux individus définitivement condamnés, sous la loi ancienne, et, si leur peine n'est pas subie, rigoureusement ils doivent la subir, quoique depuis leur condamnation ce fait soit devenu licite. Cette situation a quelque chose de choquant; aussi le pouvoir social y remédie-t-il habituellement en proclamant une amnistie ou en accordant des grâces”.

Egual doutrina impera na Belgica, em face do respectivo código penal (HAUS).

O código penal italiano, art. 2, admite a retroactividade, em caso de sentença condemnatoria definitiva, só na hypothese de não incriminação do facto por lei posterior, mandando que, então *cessem a execução e os effeitos penaes*.

Não se dá o mesmo quando se tratar da retroactividade em outros casos, por ser mais favoravel a lei, dispondo o ultimo alinea do art. 2, sem se referir á condemnação, como faz o alinea anterior: “Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori siano diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato.”

Justificando esta disposição, adduz LONGO as seguintes razões :

“1.º, essendo-se resa irrevocabile una condanna, la reintegrazione dell'ordine giuridico, per la natura obbiettiva che lo distingue, non soffre eccezioni dinanzi alla coscienza pubblica scossa dal delicto coi gradi di temibilità derivanti dalla necessità di grado repressivo dell'epoca in cui fu commesso; 2.º la pena, siccome ripazione di diritto violato, attinge la efficacia quantitativa dai motivi criminosi relativi alla circostanza di tempo: chi se ne rese meritevole vuol dire che non ebbe forza di resistenza all'azione dei detti motivi; i quali, in considerazione delle riforme apportate dalla nuova legge, o scomparvero, ovvero perdettero la primitiva gravvezza.

Questo argomento dei motivi sembrami rilevantissimo: il progresso legislativo, a dir vero, va inteso in un processo eliminativo di fronte ad una progressiva scomparsa di motivi impellenti alla perpetrazioni di reati; 3.º, trascorso il tempo del commesso maleficio, mancherebbe il modo di apprezzare tutte le circostanze che precedettero accompagnarono o seguirono il fatto incriminato, ed il giudice, se dovesse non alla cieca, ma con antiveduto fine di giustizia, tener conto di un processo, sarebbe costretto a rifare con la mente l'intera tela dei fatti che diedero occasione al giudizio, e sulla cui tessitura il giudice precedente credette equo comminare la pena inflitta.”

O código portuguez, art. 6, faz a mesma distincção que o código italiano.

Argumentam os que admittem a retroactividade da lei menos rigorosa, em caso julgado, que reconhecido pelo proprio legislador que excessiva era a pena anteriormente estabelecida, com isso reconheceu tambem a justiça da applicação da nova disposição, nada importando a circumstancia de ter havido uma sentença definitiva, que não se desrespeita, e antes se presuppõe com toda sua autoridade.

Effectivamente, não se entra na indagação do facto e circumstancias que determinaram a applicação da pena, da classificação delictuosa e da autoria; sómente se substitue uma pena por outra, por se ter reconhecido que a antiga era excessiva, na subsistencia da anterior apreciação judiciaria do caso (LIMA DRUMMOND, ZUPETTA, etc.).

Inspirando-se nessas razões, o nosso legislador, divorciando-se do anterior código, admittre a retroactividade da lei, occorrendo sentença definitiva, nos dois casos contemplados no art. 3.

34. — Outras questões transitorias podem occorrer, cumprindo destacar as seguintes. Com relação á efficacia de uma lei a termo ou temporaria, na qual expressamente se declara que decorrido certo tempo cesse de vigorar. pergunta-se: decorrido esse tempo, póde ser

exercitada a acção penal quanto a factos commettidos durante a vigencia da lei e por ella punidos ?

Decorrido esse tempo, póde continuar a execução da pena applicada em virtude da mesma lei ?

A opinião dominante em doutrina tem sido pela negativa a qualquer dessas hypotheses, tendo em vista o principio, que LUCCHINI definiu como não *ultra actividade* da lei, isto é, que a lei não póde ter applicação depois de revogada.

35. — Outra questão: tem effeito retroactivo a lei interpretativa ?

A solução não tem sido uniforme.

HAUS sustenta a retroactividade, quer a interpretação seja favoravel, quer não ao accusado.

Como argumento adduz que a lei interpretativa não é senão a declaração da vontade primitiva do legislador; nada estatue de novo; limita-se a indicar o sentido em que devia ser entendida e applicada a lei interpretada, com a qual se confunde. Em consequencia, os tribunaes devem se conformar com a lei interpretada em todos os negocios não julgados irrevogavelmente.

GABBA, PESSINA, JOÃO VIEIRA, ESCOREL e outros são pela solução neagtiva.

A lei interpretativa da que incrimina um facto não póde nem deve ter efficacia retroactiva, senão quando importar mitigação de penalidade.

A interpretação authentica faz suppôr certa obscuridade ou ambiguidade ou lacuna na lei que se interpreta, e em taes condições não podia admoestar sufficientemente, claro não sendo o preceito incriminativo de determinada acção ou a sanção respectiva.

Consequintemente não se póde dizer violada a lei, cuja disposição era incerta ou truncada que apparecesse a interpretação.

E' a solução que se harmonisa melhor com o espirito que ditou o art. 3. E' certo que a solução contraria parece ter sido aceita pelo nosso direito positivo, em face do Decr. n.º 572, de 12 de julho de 1890, que fixando o momento em que começa a obrigatoriedade das leis da União e dos decretos do Governo Federal, estabelece no art. 3 que "é applicavel aos casos *pendentes*, desde que fôr conhecida pelo *Diario Official*, ou forma authentica, a lei meramente *interpretativa* e a que extingue ou reduz uma pena."

Mas essa disposição, pelo que diz respeito a lei interpretativa, foi implicitamente revogada pelo art. 2 do codigo civil, que se occupando da mesma materia, não a reproduz.

36. — Questão analoga á da lei interpretativa surge a proposito das leis ou decretos que rectificam erros commettidos na redacção ou copia de outras leis.

Tendo em vista o nosso direito repressivo, a questão póde ser assim formulada: Qual a pena que deve ser applicada no caso de estabelecer o texto autographo ou original do codigo uma pena para um crime ou contravenção, e no seu impresso figurar para o mesmo crime ou contravenção pena mais rigorosa ou mais branda do que aquelle ?

A Resolução Imperial do 23 de dezembro de 1882, expedida por Aviso de 22 de janeiro de 1883, estabelece que havendo divergencia entre o texto autographo de uma lei e o seu impresso, deve ser este observado até que verificado o erro de impressão ou de copia, seja corrigido, fazendo-o constar com toda a publicidade por meio de uma circular ministerial ou mais propriamente por meio de um decreto.

Nessa conformidade, o Decr. de 18 de agosto de 1832 rectificou differentes artigos do Cod. Criminal de 1830, e o Decr. n.º 853, de 7 de julho de 1892 o engano havido na Lei n.º 35, de 26 de janeiro de 1892.

A citada Resolução baseou-se em que o acto, tendo todos os caracteres de um acto legislativo, deve servir de regra como lei putativa, em virtude do principio que serve de base á L. 3, D. *de officio prætor* (1,14), donde a consequencia que o acto que rectifica deve ser considerado uma disposição nova.

Assim, se fazendo a correcção, o decreto do governo consigna pena mais rigorosa do que a que figura na lei *errada*, é a pena estabelecida por esta, que deve ser applicada aos factos commettidos antes da correcção, porque; ao tempo em que teve logar a pratica do crime ou contravenção, essa lei não obstante o *erro*, conservava força obrigatoria em todas as suas partes.

Se o decreto do governo consigna pena menos rigorosa do que a estabelecida pela lei *errada*, e a pena do decreto, que deve ser applicada aos factos commettidos no dominio da disposição *errada*, tendo assim applicação o disposto no art. 3, letra *b*.

JOÃO VIEIRA, commentando o anterior codigo, e reproduzindo suas considerações ante o vigente, com apoio em HAUS, entende que “a citada Resolução apenas allude á materia *penal* para repellir a opinião de que se a lei *corrigida* impuzer pena *maior* do que a *errada*, deve-se manter a pena já imposta por esta. Nisto concordamos com a Resolução fundada no principio *error communis facit jus*; mas na hypothese *inversa*, de que não cogitou a Resolução, achamos que deve ser mantida a pena *maior* imposta em virtude da lei *errada*, porque o proprio crime mostra que ella mesmo assim aggravada era impotente para prevenir o mesmo crime, além de que a retroactividade da lei *correctiva* sobre a coisa julgada não tem um fundamento serio em que assente, a não ser os suppostos *direitos* do criminoso.”

HAUS diz : “Quanto ás condemnações pronuciadas de accordo com a lei primitiva, e passadas em julgado, é evidente que a lei correctiva deve ir em auxilio dos condemnados por uma disposição expressa e formal; mas, na ausencia de semelhante disposição, as penas pronuciadas não podem ser reduzidas senão pela intervenção do chefe do Estado.”

Mas, como bem pondera ESCOREL, as considerações de HAUS e JOÃO VIEIRA caem perante o nosso direito.

Ha uma disposição *nova* que estabelece pena menos rigorosa, essa disposição regerá os factos anteriores (art. 3).

Não temos necessidade, no caso, da intervenção do chefe do Estado para a redução da pena.

O juiz ou tribunal, que proferiu a ultima sentença, fará a redução (art. 3, § unico).

### 37. — Jurisprudencia brasileira.

I. — Embora prevista no Codigo Penal, a fiança crime pertence ao direito processual, cujas disposições, de ordem publica, não se comprehendem no art. 3 do dito Codigo, e applicam no processo actual de crimes anteriores; portanto, não se tratando de fiança já prestada, hoje não a admittem os crimes previstos no art. 2 da Lei n. 628 de outubro de 1899, ainda que commettidos antes de sua promulgação. O codigo vigente com razão intitulou-se *Codigo Penal*, abandonando a denominação mal cabida de *Codigo Criminal*, a qual por sua latitude era propria para abranger o direito criminal em todas as suas partes — delictos, delinquentes, penas e *processo*, ou por outro modo, segundo moderna divisão do professor belga THIRY, o preceito, a jurisdicção e o *processo*. A França teve o seu projecto de Codigo Criminal, em 1804, que comprehendia as leis de penalidade e as do processo, dividindo-se, porém, mais tarde o objecto delle, assim comprehensivo, para fazerem-se separados o *Codigo Penal*, occupando-se como o seu titulo indica, da penalidade, e o *Codigo da Instrucção Criminal*, contendo as leis do processo.

O nosso é sómenté *Codigo Penal*.

A expressão — *lei penal* — não se refere á lei criminal em geral, mas ás leis penaes que determinam quaes as acções puniveis, as condições de punibilidade e as penas a applicarem-se, isto é, refere-se á lei *penal* substantiva.

A expressão — *lei penal* — art. 2.º, foi tambem empregada nesse sentido estricto (*Acc. do Supremo Tribunal Federal, de 23 de junho de 1900*).

Como voto vencido nesta decisão, o ministro JOÃO PEDRO adduziu as seguintes considerações : “A fiança no crime não é outra coisa mais que o direito facultado ao réo de defender-se solto, mediante uma caução que garanta o seu comparecimento em juizo —

e é á lei *substantiva*, e não á *adjectiva*, que cabe regular o direito, tocando apenas á segunda dar a forma ou processo conducente á execução do direito. A fiança criminal, no nosso direito, é uma garantia outorgada pela Const. (art. 72, § 14) e que não póde deixar de ser egual para todos a quem é assegurada.

E' bem de ver que só poderá regular-a, no que lhe constitue a essencia, e de modo a manter essa egualdade, uma lei com força obrigatoria em todos os casos e em todo o territorio nacional, e só a lei penal substantiva reveste entre nós essa força.

Ora, dizer que deixam de ser afiançaveis certos crimes nos quaes era admittida fiança, é tirar aos réos um direito que lhes era facultado. Uma disposição desta natureza em nada affecta a forma do processo, senão ao fundo da fiança : logo, é, e nem póde deixar de ser, uma disposição de direito penal substantivo, e dar-lhe effeito retroactivo é infringir não só o disposto no art. 3.º do Cod. Penal, como ainda o principio da irretroactividade das leis, consagrado no art. 11, n. 3 da Const. Federal."

**OBSERVAÇÕES** — O Supremo Tribunal Federal reformou o accordam, como vamos ver em seguida.

Entretanto o accordam conceitúa bem o que seja lei penal, e como a comprehendeu o legislador (n.º 1) ; incide em critica quando, considerando a fiança como do dominio da lei processual, não conceitúa esta devidamente, mas analogicamente como *lei adjectiva*, ou como meramente de *forma extrinseca*, além de fazel-a retroactiva no caso.

Em acepção ampla, o processo, por autonomasia — *direito judiciario*, abrange a organização judiciaria e o processo *strictu sensu*, isto é, conjuncto de actos ordenadamentê dispostos, derivando sempre os posteriores dos anteriores, e cada um devendo ser considerado *meio* não só para para chegar ao fim proximo, que é o *juulgamento*, como ao fim remotto, que é a *segurança constitucional dos direitos*.

Nos actos processuaes é de distinguir a *forma intrinseca* (ut species), da *forma extrinseca* (ut exemplar), aquella referindo-se á constituição ou especie juridica de cada um, e esta á sua manifestação sensível, quer natural, quer artificial, pelos gestos, symbolos ou palavras faladas ou escriptas, forma extrinseca essa que constitue o *procedimento judicial*.

Encarados em suas forma intrinseca, os actos processuaes se discriminam em *actos da causa*, quando se referem directamente ao facto ou ao direito em litigio (denuncia, queixa, portaria para procedimento ex-officio, libello accusatorio, contrariedade, provas, allegações e julgamento), e em *actos do juizo* quando se referem ao movimento do processo e resolvem a demanda (citações, notificações,

intimações, audiencias, accusações de citações, assignações e lançamentos de prazos, *fianças*, etc.) .

Assim, a fiança é um acto do juizo, assecuratorio da liberdade provisoria, por uma caução, revestindo-se de forma extrinseca, de manifestação sensível por um *termo, conhecimento de deposito e julgamento*.

Por isso que é acto assecuratorio da liberdade, inscripto expressamente entre as garantias constitucionaes, á União compete legislar a respeito dos *casos* em que pôde ser admittida a fiança, bem como a respeito de seus *efeitos* e mesmo de sua *forma extrinseca*, attendendo-se á intima ligação entre esta fórma e á *fórma intrinseca*.

Aos Estados cabe tão sómente a attribuição suppletiva de organizar a tabella ou o modo de arbitramente da fiança (JOÃO MENDES e meu *Curso de processo criminal*, ps. 91 e seguintes, 103 a 117 e e 154) . Isto posto, vê-se que outorgada a fiança a crimes que uma lei posterior torna inafiançaveis, esta lei não pôde ser applicada retroactivamente, por isso que vae ferir um direito adquirido e assim contrapondo-se, não ao art. 3 do codigo penal, que se refere á *lei penal*, isto é, á *lei que incrimina acções e determina penas*, cuja retroactividade limita-se aos casos que especifica, mas a lei constitucional que veda a decretação de leis retroactivas, isto é, de leis que applicadas a factos anteriores, ferem direitos adquiridos.

O voto vencido confunde essas disposições essenciaes, dando ainda elasterio ao art. 3 do codigo penal que não comportam seus termos. Nem se argumente que vedada não pôde ser o emprego da analogia no caso, porquanto não só litteralmente, como pelo systema adoptado pelo legislador, as enumerações, que estabelece, são sempre taxativas, mesmo quando a beneficio do delinquente, e haja vista o que dispõe a respeito de dirimentes (art. 27), de justificativas (artigos 32 e 35) e de attenuantes (art. 42) .

Ampliar-se a retroactividade a outros casos, não comprehendidos no art. 3 do codigo, como pretende o voto vencido, e o têm decidido outros accordams, não é interpretar, mas assumir a funcção de legislar.

Infelizmente, não só nesse caso, como em outros, é o que têm feito nossos tribunaes, imbuídos dessa exaggerada intuição individualista, tão a molde do clacissismo puro.

II. — A Constituição Federal vedou terminantemente aos Estados e á União prescrever leis retroactivas; e na palavra generica — *leis* — comprehendem-se não só as *fundamentaes* ou *substantivas*, mas tambem as *formaes*, *processuaes* ou *adjectivas*. E esta conclusão conforma-se ainda com o art. 34, § 23, da Const. que, deixando aos Estados a lei processual, subordinou-os áquelle principio de ir-retroactividade das *leis*, e, portanto, das leis processuaes.

A Constituição não revogou o art. 3 do Código Penal que só dá effeito retroactivo á lei penal, quando fôr *mais favoravel* ao réo, sem distincção da *lei substantiva* ou *lei adjectiva*.

Se o instituto de fiança é lei fundamental ou substantiva, conforme já foi julgado no *habeas-corpus* n. 1.370 (*accordam de 19 de maio de 1900*), a irretroactividade da Lei 628 de 1899 é absoluta; e, ainda sendo formal, é cabida a fiança sob a qual póde o paciente livrar-se solto (*Accordam do Sup. Tribunal Federal, de 4 de julho de 1900*).

III. — Pena mais rigorosa imposta de conformidade com o antigo Cod. Criminal é substituída pela mais leve do Cod. actual, em virtude do art. 3.º, parag. unico, quando por occasião do julgamento do recurso de revista se verifica que a sentença condemnatoria não se conforma com a legislação em vigor, e nem póde hoje ser executada (*Accords. do Sup. Trib. Federal, de 22 de abril e 6 de junho de 1891*).

IV. — A conversão da pena mais rigorosa compete ao juiz ou tribunal que proferiu a ultima sentença, cabendo ao Supremo Tribunal Federal exercer tal attribuição em ultima instancia para emendar o erro dos juizes inferiores ou dos tribunaes dos Estados (*Accords. do Sup. Trib. Federal, de 26 de janeiro e 15 de junho de 1895 e 22 de janeiro de 1896*).

V. Fallece competencia a um juiz ou tribunal para, a pretexto de observancia do disposto no § unico do art. 3.º do Código Penal, reformar uma sentença passada em julgado e em plena execução, procedendo assim á revisão do processo findo, que é reservada exclusivamente pela Const. ao Supr. Trib. Federal (*Accord. do Sup. Tribunal Federal, de 25 de maio de 1898*).

VI. — Quando se verificar que o crime continuado se consummára na vigencia de diversas leis penaes, se deverá applicar ao accusado aquella que fôr de pena menos rigorosa, embora respectivamente revogada em relação aos ultimos actos praticados (*Accord. do Sup. Trib. Federal, de 5 de janeiro de 1910*).

OBSERVAÇÕES — Esta decisão não traduz exacta doutrina, o que foi evidenciado pelo relator do feito, ministro PEDRO LESSA, fundamentando seu voto em contrario, por esta fórma: “Tambem dei provimento e julguei valido o processo, mas para o fim de pronunciar o réo como incurso no art. 1.º, letra b, da Lei n. 1.785, de 28 de novembro de 1907, não alterado pelo art. 1.º, letra b do Decr. numero 2.110, de 30 de setembro de 1909.

O facto provado e confessado pelo proprio réo, á fls. 196 v., é que temos nestes autos a figura bem delineada de um delicto con-

tinuado. O réo, collecteur federal em Nictheroy, subtrahio diversas parcelas de dinheiro e varias porções de estampilhas nos annos de 1906, 1907 e 1908. Assim, depois de promulgada lei citada de 28 de novembro de 1907, continuou o réo a praticar as substrações de estampilhas e de dinheiro.

Temos, portanto, um delicto continuado, no qual varias transgressões da mesma lei foram commettidas antes da promulgação da Lei de 1907, e varias transgressões da mesma lei foram perpetradas sob o imperio da Lei de 28 de novembro de 1907.

O Codigo Penal punia esse crime com seis mezes a quatro annos de prisão cellullar, perda do emprego e multa de 5 a 20 % do valor subtrahido. A Lei de 28 de novembro de 1907, art. 1.º, letra *b*, neste ponto identica á Lei de 30 de setembro de 1909, art. 1.º, letra *b*, pune com quatro a doze annos de prisão cellullar, multa de 15 % e perda do emprego, com inhabilitação perpetua para exercer qualquer função publica.

Isto posto, cumpre verificar qual a lei applicavel á especie.

E' o art. 221, do Cod. Penal, ou o art. 1.º, letra *b*, da Lei de 28 de novembro de 1907 ou do Decr. de 30 de setembro de 1909 que apenas reduziu o tempo de inhabilitação para exercer qualquer função publica ao minimo de 12 annos e ao maximo de 20 ?

Penso que o réo deve ser punido com as penas do art. 1.º letra *b*, deste ultimo Decr. e não com os do art. 221 do Cod. Penal.

Depois de derogado o Cod. Penal, e comminada uma pena maior, ainda o réo praticou, manifestando a vontade de infringir a nova lei, não um delicto instantaneo, mas um delicto *continuado*. Desprezem-se as infracções anteriores á lei de novembro de 1907, punam-se unicamente os factos criminosos perpetrados sob o imperio da Lei de 1907, e ainda temos um delicto continuado. Suppôr que a applicação da pena mais rigorosa, creada pela Lei de 1907, importa dar effeito retroactivo a essa lei, é incidir na mais lamentavel confusão.

Si o réo praticou muitas transgressões identicas da mesma lei, sob o dominio da Lei de 1907, applicar á especie esta Lei de 1907, evidentemente não é dar-lhe effeito retroactivo.

Ressuscitar o art. 221 do Codigo Penal, para punir um delicto continuado, commettido sob a vigencia de uma lei que revogou aquelle artigo, é que me parece extraordinariamente singular. No seu excellente *Trattado di Diritto Penale Italiano*, vol. I, n. 145, p. 227, expõe MANZINI a verdadeira doutrina em poucas palavras. *L'ipotesi di un fatto formato da più atti omogeni unificati della risoluzione individuale, cio é del fatto continuato (art. 79 Cod. Pen.) si risolve anchessa col criterio della non retroattività. Se gli atti che presentemente ma non prime della legge vigente, costituiscono reato, furono compiuti in parte sotto una legge e in parte sotto altra, sera imputabile la parte commessa sotto la legge incriminatrice a titolo di reato istantaneo e continuato, a seconda che l'attività spiegata*

*dopo l'entra a in vigore della nuova legge consente l'una o l'altra nozione.*" A unica diferença entre a hypothese de MANZINI e a especie destes autos está em que MANZINI figura um delicto continuado, do qual algumas transgressões parciaes se deram ao tempo em que o facto não era punido, e outras transgressões parciaes já se verificaram quando o facto era punido. No caso dos autos, algumas transgressões reiteradas da lei se deram quando vigorava uma lei mais branda, sendo, portanto, o facto considerado crime por essa lei, e outras transgressões reiteradas se verificaram sob o dominio de uma lei mais rigorosa. A questão é simples e foi sómente por não se ter detido nella, que a maioria do Tribunal se afastou da opinião do relator."

VII. — O principio consagrado no art. 3 do Código Penal deve ser entendido não só quanto á applicação da pena quanto ás causas extinctivas da pena e especialmente da prescripção (*Acs. do Sup. Tribunal Federal, de 21 de junho de 1900, da Relação do Estado do Rio de Janeiro, de 1 de agosto de 1899, do Trib. Civil e Crim. do Districto Federal, de 16 de agosto de 1900, do Trib. de Justiça de Goyaz, de 26 de junho de 1906*). Vide n. 30.

VIII. — A disposição generica do art. 11 § 3 da Constituição Federal, vedando á União, como aos Estados "prescrever leis retroactivas (como preceituava o art. 79, n. II da Constituição do Imperio) refere-se exclusivamente ás leis que se retroagissem, offenderiam *dieritos adquiridos*, porquanto, como é corrente, a *irretroactividade das leis* não consiste na sua absoluta inapplicabilidade aos casos preteritos ou processos pendentes, e sim no respeito áquelles *direitos*; nessas leis certamente não se comprehendem as *leis penaes mais favoraveis aos réos*, nem as de fórma em direito criminal e as de ordem politica (*Acc. do Conselho do Trib. Civil e Crim. do Districto Federal, de 16 de agosto de 1900*).

IX. — Pendente appellação, não pôde o réo requerer modificação da pena. O pedido para modificação da pena tem logar sómente quando a sentença condemnatoria tiver passado em julgado (*Accs. do Superior Trib. do Rio Grande do Sul, de 22 de fevereiro e 13 de setembro de 1898*).

### 38. — Jurisprudencia estrangeira

#### FRANCEZA

I. — Il est de principe que, pour tout fait antérieur à la publication d'une nouvelle loi, si le fait est qualifié crime ou délit par les lois existantes lors de sa perpétration, et qu'il ne le soit pas par la loi nouvelle, l'accusé ou le prévenu doit être acquitté. Ce principe

consacr e par la dernière disposition du Code penal de 1791, l'a été de nouveau par l'avis du Conseil d'état du 29 prairial an VIII, lequel décide, dans le concurs de deux lois : "qu'il est de principe, en mati ere criminelle, qu'il faut toujours adopter l'opinion la plus favorable à l'humanité comme  a l'innocence."

Attendu que le desarmement des gardes nationales est op er e dans toutes les communes de la République; que dès lors, l'abrogation de toutes les lois l a concernant est aujourd'hui définitive, et par conséquent qu'aucune des infractions disciplinaires prévues par la législation qui régissait cette institution et commises sous son empire *ne saurait être désormais l'objet d'une répression*;

Attendu qu'en cet état l'action publique est éteinte, etc.

*Cours de cassation, 12 avril 1873.*

II. — Attendu que l'art. 20 de la loi du 9 septembre, en défendant de publier, exposer ou mettre en vente aucune gravure ou litrographie sans l'autorisation du Gouvernement, ne fait aucune distinction entre les gravures ou litrographies qui auraient été déclarées et déposées avant cett e loi, et celles qui l'auraient été depuis; que cette loi, doit donc régir tous les faits de la nature de ceux qu'elle prévoit, lorsqu'ils ont eu lieu sous son empire; que la mise en vente et l'exposition de gravures ou lithographies étant des faits que se *renouvellent chaque jour*, tombent naturellement sous l'empire de cette loi quand ils ont eu lieu depuis sa promulgation; qu'elle les atteint sans violer le principe de la — non retroactivit e des lois.

*Cour de cassation, 18 octobre 1837.*

## ITALIANA

I. — Per determinare quale fra l'antica e la nuova legge sia la più mite non tanto bisogna guardare al minimo della pena quanto e più ancora al massimo cui la pena stessa potrebbe estendersi secondo ch e l'una o l'altra venisse applicata. *Cass. Roma, 19 sett. 1890.*

II. Quando per un fatto dichiarato dall'abolito Codice vi fu sentenza di condanna, e pende ricorso, bene in sede di Cassazione il ricorrente eccepisce che, secondo il Codice nuovo imperante, la figura del reato punito dal Codice precedente, manchi di uno dei caratteri eccezionali e perciò non si debba far luogo a pena e la Cassazione deve accogliere l'eccezione. — *Cass. Roma, II genn. 1890.*

III. — Se la legge antica non comminava al reato la pena della interdizione dai pubblici uffici che la nuova minaccia, ciò non può impedire l'applicazione quando la pena restrittiva della libertà personale   minore e quando il prevenuto può, in forza di tale appli-

cazione, avvantaggiarsi anco per la detrazione del carcere preventivo — *Cass. Roma.* 31 mar. 1890.

IV. — Il criterio della pena piú mite fra due codici successivi non bisogna desumerlo esclusivamente dalla sola pena minima ma anche dalla pena massima posta in balia del magistrato. — *Cass. Roma,* 3 luglio 1891.

V. — Per potere dire quale delle due legislazioni sia la piú favorevole all'imputato, occorre avere a guida un doppio criterio, cioè non solo quello della quantità, ma eziandio l'altro della qualità della pena — *Cas. Roma,* 27 mar. 1890.

VI. — La gravità di una pena si misura dall'indole di essa e dalla sua intensità anziché dalla sola sua durata — *Cass. Roma,* 25 magg. 1891.

VII. — Un reato permanente o continuato commesso sotto l'imperio di piú leggi successive le viola tutte e deve quindi esser punito secondo l'ultima legge se anche questa sia piú severa — *Cass. Roma,* 13 mar. 1891.

## CHILENA

Referindo-se á applicação do art. 18 do Cod. Penal do Chile, diz FERNANDEZ, em suas anotações ao mesmo código :

Consideramos útil dar a conocer los debates a que dió lugar este artículo en los primeros años de sua aplicación.

Se han presentado principalmente cuatro cuestiones que han sido resueltas con mas o ménos uniformidad :

1.<sup>a</sup> Si la lei antigua designaba al delito una pena arbitraria y la nueva una determinada, cuál debía preferirse ?

2.<sup>a</sup> Si la antigua lei fijaba una pena cuyo minimum era inferior al minimum designado por la nueva, pero el máximo era mayor que el da la nueva, cuál de las dos prevalecia ?

3.<sup>a</sup> Si la lei antigua designaba una pena única y la nueva un grado o período de duración, cuyo minimum era inferior y sua máximo superior, cuál debería aplicarse ?

4.<sup>a</sup> Si un reo era procesado como ausente por delito cometido durante la vijencia de la lei anterior, seria el caso de aplicar la lei posterior, si era mas suave, cuandose presentava o fuera habito ?

— La Corte de la Serena resolvió, 1875, la primera cuestión declarando que debía aplicarse la lei nueva por estimarla ménos rigorosa que la pena arbitraria por la lei antigua.

La misma Corte resolvió, 1875, lo contrario contra el voto de dos de sus ministros.

— La Corte Suprema resolvió, 1875, la segunda cuestión optando por aplicar la lei antigua contra el voto de uno de sus ministros.

Fundando la mayoría su opinion, dijo, entre otras razones lo siguiente : “Para aplicar esta disposición del Código Penal (el inciso 2.º del art. 18) no basta comparar en abstracto la antigua y nueva lei, e dar en consecuencia la preferencia a la en jeneral sea mas benigna, sino que ha de atenderse al beneficio especial del reo en el caso de que se trate.

Si reputando mas favorable la nueva lei, resultase sin embargo en su aplicación mas perjudicado el reo, deberia mantenerse el precepto de la lei antigua, para no contrariar el fin y propósito de la lei antes mencionada.

— La Corte Suprema resolvió, 1875, la 3.ª cuestión, declarando que debía aplicarse la lei nueva contra el voto de uno de sus ministros.

— La Corte de Concepción resolvió la 4.ª cuestión en varios casos, declarando que era permitido alterar la pena impuesta, cuando juzgando nuevamente el delito, durante la vijencia del Cod. Pen., éste imponia una pena mas suave. En igual sentido resolvió la Corte Suprema.

Art. 4.º 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) õs navios brasileiros em alto mar;
- c) os navios mercantes estrangeiros surtos em porto brasileiros;
- d) os navios de guerra nacionaes em porto estrangeiro.

39. — Trata-se da força obrigatoria da lei penal em relação ao espaço, isto é, do lugar onde a lei penal póde ter imperio ou validade. Na doutrina como nas legislações, o assumpto não tem sido encarado uniformemente.

Partindo do principio de direito internacional que a soberania de um Estado, em relação ao espaço, é limitada pelo territorio, chegou-se a conclusão de que cada Estado tem de applicar o seu direito penal a todos, nacionaes ou estrangeiros, que no respectivo territorio, commetterem acções puniveis.

Os estrangeiros, por isso que se utilisam da protecção que lhes é garantida pelas leis de um Estado, ficam naturalmente sujeitos ás sancções dessas leis e aos encargos correspondentes á protecção.

E' esse o systema mais restricto e tradicional da *territorialidade*

da lei penal, predominante nas diversas legislações — *leges non obligant extra territorium*.

Este systema só poderia ter acceitação e observancia, nota LISZT, dados estes dous requisitos : 1.º, cada Estado deve exigir o reconhecimento do mesmo principio de todos os outros afim de evitar tanto a indevida intervenção de um outro poder publico como lacunas no procedimento criminal ; 2.º cada Estado deve estar certo de que os attentados contra os seus interesses, emprehendidos em territorio estrangeiro, serão vigorosamente reprimidos peias leis do lugar do crime.

Taes condições não se têm verificado, e dado o sempre crescente commercio internacional, exigindo a mais completa assistencia juridica, buscou-se resolver a questão com outros principes.

40. — Pelo systema ou principio da *absoluta extraterritorialidade da lei penal* ou systema da *justiça universal*, cada Estado, em nome da communhão internacional e cultural que representa, toma a si o encargo de punir, pelo menos subsidiariamente, todos os delinquentes que apprehende, quaesquer que sejam os crimes e onde quer que tenham sido praticados.

Esta doutrina esquece, nota ainda LISZT, a profunda differença das leis penaes mesmo entre Estados visinhos ; obriga o juiz a applicar o direito estrangeiro que lhe é desconhecido ; não dá o devido apreço ás difficuldades de um processo penal, em que não se pôde colher immediatamente a prova, e a pesar de tudo, não dispensa á ordem juridica muito maior protecção do que a que resulta da expulsão do estrangeiro suspeito ou expatriado.

A estê systema propendem o cod. saxonio de 1855 e o cod. austriaco de 1803, e em menor gráo o cod. hungaro e o italiano, que sujeita ás suas disposições o estrangeiro que em paiz estrangeiro commette crime contra outro estrangeiro, para o qual estiver comminada pena de prisão não inferior no minimo a 3 annos, quando não puder ter logar a extradicação (art. 6).

41. — Sem accusar o radicalismo dos dois systemas expostos, surgem o systema ou principio *peçoal, da nacionalidade* ou de *sujeição* e o principio *real* ou de *protecção dos interesses nacionaes*.

Pelo principio da nacionalidade a lei penal de um Estado obriga os estrangeiros durante sua permanencia no territorio, como subditos temporarios, e segue os nacionaes por toda a parte, chamando-os perante a sua justiça, pelos delictos commettidos fóra de suas fronteiras. *Quilibet est subditus legibus patrie suce et extra territorium*.

Este principio diz-se *activo*, se a lei penal se applica ao nacional que delinque no estrangeiro, qualquer que seja o titular do bem juridico lesado, cidadão ou Estado a que pertence o delinquente,

individuo ou Estado diverso ; diz-se *passivo*, se a lei penal se applica ao nacional que delinque no estrangeiro contra o seu Estado ou cidadãõ.

Pelo principio *real* ou de *protecção dos interesses nacionaes*, mais simples, logico e racional, a lei penal de um Estado se applica a todos os delictos commettidos em qualquer logar e por qualquer pessoa, desde que visem os bens juridicos desse Estado ou de seus cidadãos.

Assim, o que determina a applicação da lei penal de um Estado é a nacionalidade do bem juridico lesado pelo delicto.

42. — Nas legislações vigentes, o principio domiante é mixto, temperado o principio da territorialidade da Lei penal pelo da nacionalidade ou pelo principio real, como se pôde ver no Cod. de instrucção criminal de França, modificado pela lei de 27 de junho de 1866 ; nos cods. allemão, arts. 3 e 4 ; hollandez, arts. 4 e 5 ; no-rueguez, art 12 ; japonez, arts. 2 e 3, ultima parte, etc.

O nosso codigo adoptou tambem um systema mixto; temperado o principio do territorialidade da lei penal com o principio real.

A lei penal é essencialmente territorial, como expressão que é da soberania que a promulgou, no interesse da reintegração da ordem juridica no territorio em que se exerce essa soberania.

Tal é a regra do art. 4, que não é, porém, absoluta, mas econtra limitações.

Effectivamente, a territorialidade da lei penal pôde ser encarada sob dous aspectos, cada um dos quaes encontra determinadas restricções.

A territorialidade é *real* quando se affirma a sua applicação a todos os *factos delictuosos* praticados no territorio nacional ; é *pessoal* quando se affirma a sua applicação a todos as *pessoas* que delinquem no territorio nacional.

A cada uma dessas modalidades se refere o art. 4, quando estabelece que “a lei penal é applicavel a *todos os individuos, sem distincção de nacionalidade* que, em territorio brasileiro, praticarem *factos criminosos* e puniveis.”

O principio da territorialidade pessoal da lei penal encontra excepções ditadas pela *condição de certas pessoas*; excepções estabelecidas pelo direito publico interno e externo ou internacional, a que o código não se refere de modo explicito e completo, naturalmente por consideral-as subtendidas.

Essas excepções constituem a *extraterritorialidade da lei penal*, de que nos occuparemos adiante.

O principio da territorialidade real encontra tambem excepções nos *factos delictuosos* commettidos no estrangeiro, mas attentatorios das condições politicas e economicas do Brazil ou de seus nacionaes, nos termos do art. 5 do codigo.

Estas excepções constituem a *ultraterritorialidade da lei penal*. Não se deve, porém, confundir o limite trazido de modo absoluto á efficacia da lei penal pela *condição das pessoas*, com o limite que a condição das pessoas impõe de modo relativo á essa efficacia.

Neste caso tem-se em vista a pessoa em relação a determinados factos, segundo se vê no art. 6.

Apreciemos agora a disposição do art. 4, primeiramente quanto a determinação do que seja territorio.

43. — Se na accepção geographica, o territorio de um Estado comprehende a porção de terras, indivisivel ou com solução de continuidade, submettida á sua soberania, no tocante ao imperio da lei penal tem uma extensão muito maior, porque além de comprehender o territorio *real* ou geographico, comprehende tambem o chamado *ficticio*.

A este se refere o codigo no alinea do art. 4, mas o faz de modo deficiente, porque além dos casos apontados, comprehende tambem outros reconhecidos pelo direito, e que vamos apreciar detalhadamente.

Assim, a lei penal brasileira tem imperio no territorio *real*, isto é, na porção da superficie de terras, ahí comprehendidos os rios e lagos interiores, bahias, golphos e portos, onde se exerce a soberania brasileira.

Tem ainda imperio a lei penal brasileira no territorio chamado *ficticio*, e neste se comprehendem os casos em seguida apreciados.

44. — *Aos mares territoriaes*. E' geralmente reconhecido que a soberania de um Estado, e consequentemente o imperio de sua lei penal, se estende á porção de mar que banha suas costas, até uma certa distancia, attendendo-se que ahí a apropriação é possível e pôde ser materialmente mantida e sustentada, e que é de necessidade para a sua defesa e segurança e para a protecção dos seus interesses commerciaes e economicos (LAFAYETTE, FIORE, BLÜNTSCHLI, etc.).

Nessa zona, o Estado tem o direito de investigar o fim da viagem do navio, que nella se achar, o de manter ahí a paz, de regulamentar os usos das aguas, regular o exercicio da pesca, estabelecer cruzeiros para guardar suas costas e impedir o contrabando, embargar sahida de navios, impedir que ahí se conservem ancorados, obrigar ao respeito das leis e disposições regulamentares aos que nella naveguem, empregando para a manutenção de seus direitos de soberania a força armada, mas nunca olvidando que o direito de transito de navios amigos é um direito não menos sagrado e condição indispensavel para que a liberdade dos mares não seja uma van palavra (OLIVEIRA FREITAS).

Tem-se entendido que a jurisdicção do Estado nessa porção de mar vae até onde pôde alcançar um projectil de canhão, lançado da

extrema da terra firme, criterio adoptado, em nosso paiz (Alv. de 4 de maio de 1805 e Circular n. 92 de 31 de junho de 1850, Accord. do Trib. de Appellação e Revista da Bahia, em 18 de março de 1904). *Potestas terræ finitur ubi finitur armorum vis* — tal a regra firmada por BYNKERSHOCK.

Quer isso dizer que a posse, como é de razão, estende-se até o ponto em que pode ser effectivamente mantida e defendida (LAFAYETTE).

A zona dagua comprehendida nesses limites, ou entre a linha de baixa mar e a linha imaginaria (linha de respeito), que contorna a costa, na distancia de um alcance maximo do canhão collocado na praia, se chama *mar territorial, mar adjacente, littoral* ou *jurisdiccional*.

Dados, porém, os constantes progressos da balistica, a consequencia é a variabilidade da extensão do mar littoral; comtudo, segundo o direito commum da maioria dos Estados, essa extensão foi avaliada em 3 milhas maritimas ou sejam 5.556 metros (Tr. de 20 de outubro de 1818, entre a Inglaterra e os Estados Unidos, art. 18. de 2 de agosto de 1839, arts. 9 e § 10, de 11 de novembro de 1867, entre a Inglaterra e a França, art. 1, Convenção de Haya de 6 de maio de 1882, acerca da policia do mar, lei belga de 7 de junho de 1832): Adoptado em principio esse limite, alguns Estados têm attribuido, todavia, largura maior ao mar territorial, para facilitar a applicação de suas leis aduaneiras, a vigilancia e fiscalisação de suas administrações aduaneiras. Assim a França adopta um raio de 2 myriametros a partir da costa.

Entre a França e o Mexico foi assignado um tratado, em 1880, que fixou o limite em 20 kilometros.

A Inglaterra exerce vigilancia por seus cruzadores até a distancia de 12 milhas (22 kilometros).

No louvavel intuito de fixar limites uniformes, o Instituto de Direito Internacional, em sua sessão de Pariz, em 1894, approvou as resoluções seguintes :

“Art. 2. — La mer territoriale s’étend à six milles marins (60 au degré de latitude), de la laisse de basse marée sur toute l’étendue des côtes.

Art. 3. — Pour les baies, la mer territoriale suit les sinuosités de la côte, sauf qu’elle est mesurée à partir d’une ligne droite tirée en travers de la baie dans la partie la plus rapprochée de l’ouverture vers la mer, où l’écart entre les deux côtes de la baie est de douze milles marins de larguer plus grande.

Art. 4. — En cas de guerre, l’État riverain neutre a le droit de fixer, par la déclaration de neutralité ou par notification spéciale, sa zone neutre au delà de six milles, jusqu’à portée du canon des côtes.”

A posse sobre o mar territorial entende-se sempre subsistente, sem necessidade de que a nação mantenha em toda a linha das costas baterias fixas e permanentes: basta a possibilidade material da defesa (LAFAYETTE).

45 B. — *os navios brasileiros em alto mar.* O mar alto, isto é, a parte do mar que se estende além da linha que limita o mar territorial, é considerado como inteiramente livre, por isso que escapa a toda sorte de domínio, e de outro lado, sendo de uso illimitado e inexaurível, admite a mais franca e completa concurrencia, sem o perigo de lutas e conflicts.

E' *res communis omnium.*

Dahi o direito reconhecido a todas as nações de navegar pelos mares livres (*mare liberum*) e de apropriar todos os productos que delles se podem extrahir, animaes, vegetaes ou mineraes (LAFAYETTE, CLOVIS BEVILAQUE).

Entram na classe de mares livres : 1) os mares interiores e os mediterraneos que communicam com o mar livre por estreito que as baterias das costas não podem dominar; 2) os canaes e estreitos que põem em communição dois mares livres, ainda que taes canaes e estreitos estejam em toda a sua largura sob o alcance de artilharia das margens (LAFAYETTE).

Navegando nos mares livres,, os navios, por uma ficção juridica geralmente admittida, se reputam porções fluctuantes do territorio do Estado, a que pertence o seu pavilhão.

Dahi porque os crimes commettidos a bordo de navios brasileiros, em mar alto, consideram-se praticados no territorio nacional.

Mas para que um navio possa ser considerado brasileiro, é necessario o concurso dos seguintes requisitos: 1) que seja propriedade de cidadão brasileiro ou de sociedade ou empreza com séde no Brazil, gerida exclusivamente por cidadãos brasileiros; 2) que seja navegado por capitão ou mestre brasileiro; 3) que pelo menos dois terços da equipagem sejam de brasileiros (Decr. n. 123, de 11 de novembro de 1892, arts. 3 e 10 e n. 2.304, de 2 de julho de 1896).

Consideram-se tambem nacionaes: as embarcações do trafego dos portos e rios navegaveis, qualquer que seja o seu proprietario, e as que, tomadas ao inimigo, foram consideradas boa presa (CLOVIS BEVILAQUA).

Provedo sobre o caso de crime commettido em alto mar, a bordo de navio brasileiro, dispõem o Reg. consular, art. 132, Decr. n. 3.259, de 11 de abril de 1899, art. 351: Si quaesquer marinheiros, ou outras pessoas embarcadas em uma embarcação brasileira mercante, commetterem no mar levantamento, morte, ferimentos ou outros quaesquer crimes, quer os capitães os tenham presos ou não, os consules brasileiros tomarão conhecimento do caso sómente para o effeito de reter os réos a bordo, e de os remetter

com os autos de informação da culpa, pela primeira embarcação que sanir para o Brazil afim de serem entregues ás justiças competentes.

No caso em que a embarcação, onde se achar o preso ou presos, queira partir para outro destino, e não haja a esse tempo no porto embarcação que os conduza ao Brazil, os empregados consulares requisitarão ás autoridades do paiz, que os detenham em custodia até haver occasião de os fazer partir, como ficou dito.

Quanto á competencia de fôro para o processo e julgamento de crimes commettidos em alto mar, a bordo de navios nacionaes, dispõem a respeito o Decr. n. 848, de 11 de outubro de 1890, art. 15, e Decr. n. 3.084, de 5 de novembro de 1898, 2.<sup>a</sup> parte, arts. 5 e 6.

46 C. — *os navios mercantes estrangeiros surtos em porto brasileiro.*

Até os principios do seculo passado imperava sem restricções o principio de que os navios mercantes, ou melhor, os navios privados, desde que entram, e emquanto se conservam em portos, bañiãs, enseadas, abras e rios, ficam sujeitos á jurisdicção e á policia territoriaes.

Tomando conhecimento de factos criminosos commettidos a bordo dos navios americanos *Newton* e *Sally*, o primeiro surto no porto de Anvers e o segundo no de Marselha, o Conselho de Estado de França, em parecer de 20 de outubro de 1806, firmou a doutrina a seguir, partindo de uma distincção fundamental.

Os actos de pura disciplina interior, os delictos funcionaes e os crimes e delictos communs commettidos por pessoa da equipagem contra pessoa da equipagem, *não sendo perturbada a tranquillidade do porto*, são da competencia da nação estrangeira a que pertence o navio.

As autoridades francezas não têm o direito de tomar conhecimento desses factos, a não ser no caso de ser reclamada a sua intervenção. Os crimes ou delictos commettidos a bordo *contra* ou por pessoas extranhas á equipagem, os crimes ou delictos por pessoas da equipagem contra pessoa da equipagem, quando a *tranquillidade do porto é perturbada*, ou quando é reclamada a intervenção das autoridades francezas, são da competencia das autoridades francezas.

Em todos os casos em que á autoridade franceza cabe tomar conhecimento de crimes ou delictos, commettidos em terra, ou a bordo, pôde ella entrar no navio mercante estrangeiro, e proceder a buscas, a investigações ou prisões necessarias, avisando préviamente ao consul da nação estrangeira (BONFILS).

Textualmente, assim se externou o Conselho de Estado:

“considérant qu'un vaisseau neutre ne peut être indéfiniment

considéré comme lieu neutre; et que la protection qui lui est accordée dans les ports français ne saurait dessaisir la jurisdiction territoriale, pour tout ce qui touche aux interêts de l'État; qu'ainsi, *le vaisseau neutre admis dans un port de l'État, est, de plein droit soumis aux lois de police qui regissent le lieu où il est reçu, que gens de son equipage sont également justiciables des tribunaux du pays pour les delits qu'ils y commettent, même a bord, envers des personnes étrangères a l'equipage, ainsi que pour les conventions civiles qu'ils pourraient faire avec elles; mais que si, jusque là, la jurisdiction territoriale est hors de doute, il n'en est pas ainsi à l'égard des délits qui se commettent a bord du vaisseau neutre de la part d'un homme de l'équipage neutre envers un autre homme du même équipage; qu'en ce cas les droits de la puissance neutre doivent être respectés, comme s'agissant de la discipline interieure du vaisseau, toutes les fois que son recour n'est pas reclamé ou, que la tranquillité du port n'est pas compromise; est d'avis que cette distinction, conforme a l'usage, est la seule regle qu'il convienne de suivre en cette matière; et, appliquant cette doctrine aux deux espèces particulières pour les quelles ont reclamé les consuls des États Unis; considerant que, dans l'une des cette affaires, il s'agit d'une rixe passée dans le canot du navire américain le *Newton* entre deux matelots du même navire; et dans l'autre, d'une blessure grave, faite par le capitaine en second du navire *la Sally*, à l'un de ses matelots, pour avoir disposé du canot sans son ordre, est d'avis qu'il y a lieu d'accueillir la reclamation et d'interdire aux tribunaux français la connaissance de deux affaires précitées."*

Esta doutrina foi consagrada pela Ordenação de marinha mercante de 29 de outubro de 1833, e acolhida geralmente pelos publicistas e pela jurisprudencia, bem como por diversos tratados e convenções consulares (Alemanha e Italia, 21 de dezembro de 1868 e 7 de fevereiro de 1872; Hespanha, 2 de fevereiro de 1870 e 12 de janeiro de 1872; Estados Unidos, 11 de dezembro de 1871, Holanda, 11 de janeiro de 1872; Russia, 8 de dezembro de 1874, etc.).

E' igualmente a doutrina em vigor em nosso paiz, a despeito da disposição do art. 4, letra *c* do cod. penal, que não podia revogar disposições de direito internacional, constantes do Decr. n. 855, de 8 de novembro de 1851 e da Lei n. 2.615, de 4 de agosto de 1875, com as quaes deve ser harmonisada.

Em seu art. 15, estatue o Decr. n. 855, de 8 de novembro de 1855:

"Quando os navios mercantes estrangeiros se acharem dentro de qualquer dos portos do Brazil, a jurisdiction criminal e policial dos respectivos agentes consulares não se estenderá aos delictos

*graves, ou que por qualquer modo possam perturbar a tranquillidade publica ou affectar particularmente a qualquer habitante do paiz."*

Por esta disposição, a autoridade brasileira é competente para tomar conhecimento dos crimes commettidos a bordo em tres casos: 1.º) crimes *graves*; 2.º) crimes que, por *qualquer* modo perturbem a tranquillidade do porto; 3.º) crimes que affectem particularmente a qualquer habitante do Brazil.

Não distingue entre crimes commettidos entre pessoas da equipagem sómente, dos crimes commettidos por ou contra pessoas extranhas á equipagem, ponto de que cogitou a Lei n. 2.615, de 4 de agosto de 1875, que no art. 6, § 4, estatue:

"E' autorizado o governo para, mediante reciprocidade regular:

O julgamento dos crimes commettidos a bordo dos navios estrangeiros contra pessoas não pertencentes á tripulação, ou mesmo entre pessoas da tripulação, no caso de infracção da policia do porto ou aguas territoriaes, ou de requisição, ou de accordo com a respectiva autoridade estrangeira."

Não existindo essa reciprocidade, vigora o Decr. n. 855, de 1855.

De harmonia com essas disposições, e prevendo o caso de crime commettido a bordo de navios brasileiros em porto estrangeiro, dispõe o Decr. n. 3.259, de 11 de abril de 1899, art. 353: "Si forem commettidos crimes de levantamento, morte, ferimento ou outros quaesquer crimes a bordo do navio brasileiro depois da entrada no porto estrangeiro, entre pessoas da equipagem do mesmo navio ou de outros navios brasileiros, os consules procederão a informação da culpa e remetterão os culpados para o porto desta Republica, a que pertencer o navio, afim de serem ahí julgados. Si as leis do paiz, em que estiver o navio, não permittirem aos consules estrangeiros este direito, ou as autoridades locais reclamarem os criminosos, por correr perigo a tranquillidade publica, devem estes ser-lhes entregues."

A disposição do art. 4, letra *c* do codigo é lacunosa, porquanto só cogita do navio mercante estrangeiro *surto* ou ancorado em porto brasileiro, olvidando o caso de se achar *navegando* em aguas territoriaes brasileiras, e dahi porque se pretendeu considerar só o navio *surto* como incluído na definição de territorio brasileiro, para o effeito da applicação da lei penal.

Essa lacuna é supprida pelo Decr. n. 855, de 8 de novembro de 1851 e pela Lei n. 2.615, de 4 de agosto de 1875, art. 6, § 4.º, disposição esta ultima que apreciamos atraz.

O citado Decr. n. 855, de 1851, estatue no art. 14 :

“Aos agentes consulares pertence tomar conhecimento segundo os seus regulamentos dos delictos commettidos a bordo dos navios de sua nação por individuos da tripulação, uns contra os outros, *durante a viagem*, comtanto que nem o offensor nem o offendido sejam subditos do Imperio, porque, em tal caso, não obstante fazerem parte da tripulação, competirá exclusivamente ás autoridades territoriaes conhecer de taes delictos.”

Assim, os crimes praticados a bordo dos navios mercantes estrangeiros, nos *mures territoriaes*, devem ser julgados de accordo com a lei brasileira sómente nos casos seguintes :

1.º) quando o offendido ou o offensor, não fizer parte da tripulação; 2.º) quando o offendido ou o offensor, embora fazendo parte da tripulação, fôr brasileiro.

A citada disposição do art. 14, não póde ser entendida no sentido de ter a autoridade brasileira competencia para tomar conhecimento dos crimes commettidos a bordo dos navios estrangeiros, *durante a viagem*, em *alto mar*, ainda mesmo que o offendido ou o offensor seja brasileiro, porque o navio estrangeiro, como o brasileiro, em *alto mar*, é considerado territorio do paiz a que pertence (ESCOREL).

Em sua sessão de 31 de março de 1894, em Pariz, o Instituto de Direito Internacional adoptou as seguintes resoluções :

“Art. 6. Les crimes et délits commis à bord de navires étrangers de passage dans la mer territoriale par des personnes qui se trouvent à bord de ces navires, sur des personnes ou des choses à bord de ces mêmes navires, sont en dehors de la juridiction de l'État riverain, à moins qu'ils n'impliquent une violation des droits ou des intérêts de l'État riverain, ou de ses ressortissements ne faisant pas partie de l'équipage, ou des passagers.

Art. 7. Les navires qui traversent les eaux territoriales se conformeront aux réglemens spéciaux édictés par l'État riverain dans l'intérêt et pour la sécurité de la navigation et pour la police maritime.

Art. 8. Les navires de toutes nationalités, par le fait seul qu'ils se trouvent dans les eaux territoriales, à moins qu'ils n'y soient seulement de passage, sont soumis à la juridiction de l'État riverain.

L'État riverain a le droit de continuer sur la haute mer la poursuite commencée dans la mer territoriale, d'arrêter et de juger le navire qui aurait commis une infraction dans les limites de ses eaux. En cas de capture sur la haute mer, le fait sera, toutefois, notifié sans délai à l'État dont le navire porte le pavillon.

Art. 9. Est réservée la situation particulière des navires de guerre et de ceux qui leur sont assimilés.”

47 D. — *os navios de guerra nacionaes em porto estrangeiro.*

A denominação usual de *navios de guerra* é impropria, por ser restricta. Effectivamente, a razão do privilegio da exterritorialidade está no character eminentemente official do navio, expressão do poder e da soberania do Estado a que pertence, pelo que, não pôde ficar sujeito a poder extranho; ora, não são sómente os navios de guerra, ou os que lhe são equiparados, que representam a soberania, mas tambem toda a embarcação ao serviço do Estado.

A denominação exacta é de *navios do Estado* (MISZT, FLORIAN)

Assim, quer no alto mar, quer em aguas territoriaes extranhas, os navios dessa categoria estão sujeitos exclusivamente ás leis do Estado que representam, e, por isso, isentos das visitas e pesquisas das autoridades locais, mas obrigados a respeitar e observar as leis e regulamentos de policia dos portos, dos mares territoriaes e rios.

Consequentemente os crimes commettidos a bordo dos navios do Estado, por quem quer e contra quem quer que seja, incidem sob o imperio das leis e sob a competencia das autoridades e tribunaes do Estado a que pertencem esses navios.

Semelhante privilegio de exterritorialidade, reconhecido universalmente, tambem o foi de modo expresso em nosso paiz, pela Resol. Imperial de 20 de outubro de 1888, quando declara que “os navios de guerra gozam do beneficio da exterritorialidade. Armados pelo respectivo governo a bem da soberania da nação e tripulados por officiaes que exercem o poder publico, são considerados prolongamento do territorio da nação a que pertencem”, e mais “o navio de guerra estrangeiro naufragado nas costas do Brazil continúa sob o imperio da nação a que pertencia, mas não pôde o respectivo consul explorar o casco submergido, sem audiencia das autoridades brazeleiras e as cautelas fiscaes.”

A isenção da soberania local comprehende o navio, as pequenas embarcações que traz para o seu serviço, o commandante, officiaes, guardas, marinheiros, serventès e todas e quaesquer pessoas que se acham embarcadas.

Se, porém, o pessoal embarcado, sem sahir de bordo, pratica actos de natureza a perturbar a paz do porto, já contra outros navios, já contra os habitantes do logar, a autoridade local deve intervir e obrigar mesmo o navio a fazer-se ao mar.

Entram a vigorar, então, as normas do direito internacional.

48. — Dado o caso de ser praticado um facto delictuoso a bordo de navio de guerra ou do Estado por pessoa que não faz parte da equipagem ou que ahi esteja por uma circumstancia fortuita, o com-

mandante, por isso que não é obrigado a conservar a bordo criminosos estrangeiros, poderá, conforme as circumstancias, entregar, ou deixar de entregar o culpado á policia local para ser julgado e punido.

Dado o caso de pessoas pertencentes á equipagem, isoladas ou em bando, desembarcarem e trangredirem a lei penal local, a solução diversifica conforme uma das hypothese seguintes:

Ou essas pessoas estão em terra em desempenho de funcções, relativas ao serviço, com licença, tacita ou expressa do governo brasileiro, ou não estão no exercicio de taes funcções, mas licenciadas. No primeiro caso, escapam ao imperio da lei penal brazileira, respondem perante as autoridades do paiz a que pertence o navio, facultado apenas ás autoridades brazileiras prender o criminoso, quando necessario, remetendo-o depois ao commandante. A licença tacita ou expressa, para o desembarque deve ser traduzida: ter o governo brasileiro renunciado o exercicio de qualquer jurisdicção.

No segundo caso a autoridade brazileira tem o direito de proceder contra os infractores da lei, como procede contra os habitantes do paiz, sem distincção de nacionalidade.

Nesse sentido, temos os casos dos tres officiaes do vaso de guerra inglez *Forte*, em 1862, presos quando a paisana aggrederam a sentinella do posto policial na Tijuca: dos officiaes allemães da corveta *Nympha*, presões no largo de S. Francisco de Paula, na noite de 19 de outubro de 1871, como incursos na sancção do art. 124 do cod. criminal então vigente, e postos em liberdade, mediante fiança: dos marinheiros norte-americanos, que fizeram disturbios no caes Pharoux, em 1846, etc. (CLOVIS BEVILAQUA, ESCOREL, CAEIRO DA MATTA).

Segundo a pratica internacional, as autoridades brazileiras não procedem contra pessoas da equipagem de navio de guerra estrangeiro, que, em terra, praticam factos contra a lei penal brazileira, desde que taes factos não se revestem de um character grave. A autoridade limita-se a effectuar a prisão dos autores desses factos, e entregal-os ao commandante do navio (ESCOREL, CLOVIS BEVILAQUA).

49. — Os navios de guerra têm o direito de asylo? Tratando-se de criminosos communs, a negativa se impõe, e tal é a doutrina dominante e pratica internacional. Quando o refugiado é criminoso politico, divergem as opiniões.

Distinguindo o caso da concessão de asylo ao criminoso politico fóra de seu paiz, o que é admissivel, da concessão feita no porto do paiz abalado por uma commoção intestina, e mais ainda collectivamente, entende CLOVIS BEVILAQUA que neste caso é inadmissivel, por importar em intervenção de governo estrangeiro na administração da justiça local, cujos poderes se sentem constran-

gidos e limitados por um poder extranho, dentro do territorio nacional.

Accresce notar, diz ainda, que muitas vezes o asylo será a terminação de uma serie de favores prestados ou a realização de uma promessa, que facilitou a acção dos insurrectos ou lhes reergueu o espirito desfallecido, o que constitue quebra da neutralidade.

Appella-se para os sentimentos de humanidade, mas convem não dar á acção desses sentimentos uma elasticidade, que abranja casos de evidente parcialidade e intervenção, porque, assim, não haverá mais respeito á soberania dos Estados, e, como consequencia, desaparecerá a sociedade das nações, sob a bandeira do direito internacional.

Por essas considerações, e em face das circumstancias do caso, entende teve razão o Brazil em se mostrar resentido com o asylo que, no porto do Rio de Janeiro, em 1894, os navios de guerra portuguezes, *Mindello* e *Affonso Albuquerque*, offereceram aos revoltosos, sob o commando do almirante SALDANHA DA GAMA. Collocando-se em ponto de vista opposto, o conde de KIMBERLY, respondendo á solução do governo brasileiro para que o governo inglez obtivesse de Portugal a restituição dos revoltosos refugiados em seus vasos de guerra, declarou que não podia annuir a esse pedido, porque “o governo de Sua Magestade não entregaria individuos refugiados a bordo de navios de Sua Magestade, em circumstancias semelhantes.”

Não ha que negar que inadmissivel é o asylo quando fôr dado para “favorecer um movimento revolucionario (FIORE), ou como se enuncia o Instituto de Direito Internacional, invocado tambem por CLOVIS BEVILAQUA, “em soccorro a um dos partidos em lucta, com prejuizo do outro”, por isso que constitue quebra da neutralidade, é acto de hostilidade; mas se o asylo não tem esse intuito, e antes fôr requerido por vehementes razões de humildade, é perfeitamente legitimo (LAFAYETTE).

50. — Além dos casos referidos no art. 4, do codigo, os seguintes tambem se comprehendem no territorio, e, pois, sob o imperio da lei penal :

e) a parte attribuida por direito ao Brazil sobre rios e lagos contiguos. Essa parte, pelo que diz respeito aos rios estende-se, normalmente, até a linha média ou eixo do canal principal (thalweg), segundo tem sido estipulado nos diversos tratados entre o Brazil e as republicas e possessões vizinhas (CLOVIS BEVILAQUA).

f) o espaço aereo correspondente ao territorio geographico, incluidas neste as aguas territoriaes, até a altura determinanda pelas necessidades da policia e segurança do paiz.

Não obstante estar em formação o direito aereo, por isso que em ensaios está a navegação aerea, certos principios têm sido for-

mulados mediante a equiparação da atmospherã ao mar e das aeronaveis ás embarcações.

Assim, os vehiculos aereos, passando por aquella parte da atmospherã, soffrem, como os navios, que transitam pelas aguas territoriaes, a acção da soberania local, que não lhe pôde, entretanto, prohibir a passagem innocua; estacionando em camadas atmosphericas sujeitas á judisicção de um Estado estrangeiro, os vehiculos aereos equiparam-se aos navios ancorados em porto estrangeiro.

Os vehiculos aereos militares equiparam-se aos navios de guerra -(CLOVIS BEILAQUA, LISZT, BONFILS, FAUCHILLE, MEYER, MERIGNHAC).

Quanto a altura até onde se deve estender a jurisdicção do Estado, nada ha de firmado, entendendo diversos autores, como FAUCHILLE que deve ser de 1.500 metros, e outros que deve ser de 300 metros (MANDUCA, etc.).

Diversos tratadistas consideram tambem sujeita á lei penal do Estado o territorio estrangeiro occupado militarmente por suas forças, distinguindo segundo a occupação é de Estado amigo ou inimigo, para no primeiro caso admittir a applicação da lei e a competencia dos tribunaes do Estado occupante sómente quando se tratar de delictos commettidos por officiaes e praças, uns contra os outros ou contra os habitantes do paiz, attendendo-se os perigos e inconvenientes de sujeital-os á autoridade extranha, e no segundo caso para ampliar ou restringir a applicação da lei penal do Estado occupante, segundo o ponto de vista de cada escriptor. Assim, GARRAUD, com apoio em julgados de tribunaes francezes, sustenta a competencia das autoridades militares occupantes, não sómente sobre os militares e empregados do exército, mas ainda sobre todos os habitantes e crimes commettidos, que devem ser julgados segundo a lei do Estado occupante. Onde a bandeira, ahi o Estado. FIORE exceptua os crimes e delictos de direito commum, cujos autôres e victimas sejam inteiramente extranhos ao exercito.

A opinião, porém, mais liberal e juridica é a que restringe os direitos do occupante ao que fôr determinado pelas necessidades militares, já que a occupação militar não é conquista e apenas operação de guerra (CLOVIS BEVILAQUA, LAFFAYETTE).

Neste sentido, a Lei n 631, de 18 de setembro de 1851 especificava determinandos crimes militares que, commettidos em tempo de guerra, em territorio nacional ou alliado ou inimigo, occupado pelo exercito imperial, deviam ser julgados por uma junta militar, em segunda instancia.

No mesmo sentido estatue o Codigo penal da armada, ampliado ao exercito, quando no art. 3, diz: "As disposições deste codigo são applicaveis a todo individuo extranho ao serviço da marinha de guerra que commetter crime em territorio ou aguas submettidas a bloqueio ou militarmente occupadas."

51. — Determinado qual o territorio em que tem imperio a lei penal brasileira, cumpre verificar quando a infracção se deva considerar commettida ahi.

Como a violação do preceito penal, que constitue crime ou contravenção, consiste em acção ou omissão (art. 2), apreciemos a infracção primeiramente na fórma de acção, sensu stricto, ou commissão.

Vimos que os elementos essenciaes da commissão são o *acto* ou o movimento corporeo do agente para realizar seu intento, e o *resultado*, a mutação operada no mundo exterior (n. 13).

Quando o delicto é instantaneo, isto é, concebido e realizado num só momento, nenhuma duvida occorre na determinação do logar do seu commettimento; quando, porém, o movimento corporeo e o resultado se separam no tempo e no espaço, nos chamados *delictos distanciados*, é que surge a questão de saber onde e quando devem ser considerados como commettidos.

E' uma questão que interessa não só ao processo como ao direito pênal, por isso que, ao contrario do que doutrinam BINDING e LILIENHAL, as disposições processuaes servem para a realização do direito penal, e, portanto, a lei do processo que admite o fóro *delicti commissi*, como o nosso Cod. do Processo Criminal, art. 169), deve partir dos mesmos principios estabelecidos pelo direito penal sobre a efficacia da lei penal no espaço e no logar da pratica do crime (LISZT, OLSHAUSEN).

Isto posto, nota LISZT que, em rigor, a commissão devia ser considerada como um todo individual. O movimento corporeo e o resultado juntos é que formam a acção.

A acção seria praticada no paiz sómente quando nelle occorressem o movimento e o resultado; sómente estaria a acção sob o imperio de um preceito juridico quanto ao tempo, quando esse preceito tivesse applicação não só ao movimento, como ao resultado. Se o movimento corporeo se effectuou no paiz e o resultado occorreu no estrangeiro, a acção, considerada como unidade, não seria praticada no paiz nem no estrangeiro.

A mesma razão prevaleceria, quando, depois de effectuado o movimento, mas antes de sobrevir o resultado, a legislação soffresse alteração. Esta doutrina nos leva a resultados que de nenhum modo satisfazem, e forçoso é que nos contentemos com uma parte da acção.

Tres alvitres se apresentam, podendo se considerar como decisivo : 1.º o movimento corporeo, (*theoria da actividade* ou da *residencia* defendida por BAR, BEKKER, HALSCHNER, HERTZ, JANKA, MEYER, ROHLAND, SCHUTZE, WACHTER, HANCKE); 2.º o resultado (HABERLIN, MERKEL, NEUMEYER e outros); 3.º como equivalentes um e outro (BERNER, BINDING, OLSHAUSEN, WACH, LILIENHAL, VAN HAMEL, *theoria* esta cuja inexactidão se mostra

logo pela impossibilidade de applical-a no dominio do direito internacional privado.

Exemplo : uma machina infernal expedida de Bremen para NewYork no 1.º de junho mata o destinatario a 15 de julho.

Na primeira hypothese a morte foi commettida em Bremen, em 1.º de junho; na segunda, a 15 de julho, em New-York; na terceira, em 1.º de junho e a 15 de julho, em Bremen e em New-York.”

Encarada a questão perante o nosso direito, como em face deste o character da acção é determinado pelo resultado produzido, a *offensa potencial* ou *real*, é bem de ver que dos alvitres apontados, o segundo é que deve ser preferido.

Não é a remessa de uma machina infernal, diz LISZT, mas a mudança por esse facto operada no mundo exterior, que imprime á acção o cunho de um certo crime. Esta conclusão, corresponde, sem duvida, melhor do que qualquer outra á missão do direito penal — a protecção de bens juridicos.

Assim, podemos dizer que o *autor age no logar e na época em que produziu o resultado*.

Mas como de uma acção podem decorrer resultados proximos ou remotos, é de notar que regulador no caso é o *resultado que, já separado do movimento corporeo, e portanto da vontade humana, se apresenta como um effeito em si independente*.

Assim, em caso de homicidio, o que regulam é o logar e o tempo do ferimento mortal, e não o logar e o tempo em que a morte se produziu.

A mesma regra applica-se á omissão : na *omissão impropriamente dita*, regulam o logar e o tempo em que o resultado aconteceu; na *omissão propriamente dita* o logar e o tempo em que a acção exigida pela lei devia ser effectuada (LISZT).

Entretanto, este autor, que tão convincentemente desenvolve assim esta theoria, deixou-a pela primeira apontada nas ultimas edições do seu tratado (17.<sup>a</sup> a 21.<sup>a</sup>), considerando logar do crime aquelle em que se manifesta a vontade do agente.

Por accordam de 27 de janeiro de 1917 (adiante, n. 57, V), de que foi relator o douto ministro VIVEIROS DE CASTRO, o Sup. Tribunal Federal não adoptou a theoria exposta, mas as razões da decisão não convencem, quando criticando-a como foi desenvolvida por LISZT, que aliás já a tinha abandonado desde 1908 (17.<sup>a</sup> edição alemã), diz que, “levada ás suas ultimas consequencias, daria em resultado a impunidade da tentativa, na qual não se obtem a violação de um bem juridico, e assim não seria necessaria a protecção do direito penal”, o que não é exacto, porque na tentativa, segundo o criminalista citado e a *opinio communis*, a punibilidade assenta na situação de perigo, a que fica exposto o bem juridico (vid. adiante, n. 89). Não convencem ainda as razões da decisão quando diz esta que “o nosso Cod. Penal *absolutamente* não consagrou a doutrina

impugnada, pois sujeita á acção da lei penal a pratica de todos os factos criminosos, ainda que elles não obtenham o fim almejado, não passando da phase da tentativa”, porquanto para a consummação sempre tem em vista um resultado, seja uma offensa real, seja uma offensa potencial, o que se verifica das qualificações da parte especial, e na tentativa punivel a situação de perigo, o que resalta de sua definição, no art. 13, e na não punivel, sujeita á punição “os factos que entrarem em sua constituição, tendo sido classificados *crimes especiaes* (art. 15).

52. — Passemos ás applicações especiaes da regra exposta.

I. — Dado o caso de concurso de agentes, como o nosso codigo considera os instigadores (art. 18, § 1.) como autores do crime, isto é, a autoria moral como *causação* ou não impedimento do resultado, ella se reputada realisada no logar onde tal resultado se verificou. Assim, se Pedro, residente em Buenos Ayres, dirige uma carta a Paulo, residente no Rio de Janeiro, e por ella o determina a assassinar João, que ahi se acha, commettido o crime, a instigação se considera effectuada neste logar.

A mesma regra se applica no caso de autoria mediata, isto é quando o crime é executado por instigação, sendo o executor incapaz de imputação ou imputavel, mas coagido.

II. — Como a receptação é punida como acto de cumplicidade (art. 21, § 3.º), e não como crime especial, deixa de ser passivel de pena, dado o caso de ser o crime, donde provem a causa receptada, commettido em territorio estrangeiro.

O mesmo tem logar em relação ás fórmulas da cumplicidade moral (art. 21 §§ 1.º, instruccões, e 2.º).

III. — Em caso de tentativa punivel, ainda deve ser logicamente applicada a regra geral.

Como e o facto de pôr em perigo que constitue o caracter especial da tentativa, o acto respectivo é praticado no logar e na época em que o perigo se dá (n. 89).

IV. — Nos casos de unidade complexa, isto é, de unidade creada artificialmente pela lei, o que se verifica no crime continuado, no crime composto, no colectivo, não pôde haver desmembramento de suas partes, pois que estas não são independentes, pelo que o crime, em taes condições, se entende praticado durante toda a duração da serie e onde quer que foi effectuada uma de suas partes.

Assim, se divergirem o direito nacional e o estrangeiro, deve-se decidir a favor do primeiro, e, havendo divergencia entre o direito antigo e o novo, a favor do menos rigoroso, nos termos do art. 3.

As diversas jurisdições competentes têm todos os mesmos direitos. Ha pluralidade de competencias territoriaes (LISZT).

V. — Nos delictos de imprensa regulam o logar e a época da publicação do impresso.

53. — No territorio real ou ficticio, como ficou delimitado, impera a lei penal brasileira, a cujas disposições ficam sujeitos indistinctamente nacionaes ou estrangeiros, neste ponto inteiramente equiparados. E' certo que algumas disposições se referem expressamente a *brazileiro* (arts. 89 e 103), e outras sómente a *estrangeiro* (artigo 105, §); mas póde o estrangeiro no primeiro caso, e no segundo o brasileiro, ser responsabilizado como cumplice. O principio da egualdade de todos perante a lei, assim firmado pelo art. 4, tambem o foi expressamente pela Constituição Federal, art. 72, § 2.º

E' uma conquista do direito publico moderno, implantando uma nova ordem de coisas, desconhecida da antiguidade oriental e romana, onde homens livres se antepunham a escravos, *honestiores* a *humiliores*, e da idade média, onde a sociedade se dividia em varias ordens desiguaes no gozo de direitos e no cumprimento de obrigações.

Erigido a postulado essencial do programma dos publicistas e philosophos reformadores do seculo XVIII, o principio da egualdade foi consagrado pela constituição franceza de 3 de setembro de 1791, estabelecendo que "a constituição garante como direito natural e civil que os mesmos delictos sejam punidos com as mesmas penas, sem distincção nenhuma de pessoas".

Entretanto, é de notar que o principio de egualdade não tem tido applicação integral, obstaculos encontrando na disparidade de condições moraes, intellectuaes e economicas das classes sociaes.

Concorrendo ainda para essa actuação incompleta vem o direito de certas castas, como o direito penal militar, que em vez de limitar-se ás infracções essencialmente militares, comprehende outras do direito penal commum, como se verifica em nosso paiz e em outros.

Outras limitações, com fundamento rasoavel, vêm do direito publico interno e externo, formando o que se chama *extraterritorialidade da lei penal*, e de que nos occuparemos adiante.

Quanto ainda á força extensiva da lei penal, é de notar que lacunas sensiveis mostra a nossa.

O nosso legislador, ao em vez de inspirar-se no elevado criterio da solidariedade internacional, de attender aos deveres que impõe a sociedade dos Estados, entre os quaes sobresahe o de não deixar impunes ataques que visem, e de modo violento, a modificação ou destruição das instituições politicas de Estado estrangeiro, deixando de seguir a orientação dos cods. italiano, arts. 128 e 130, allemão, arts. 102 e 104, austriaco, § 66, manteve-se filiado, como o anterior codigo de 1830, ao criterio estreito do codigo penal francez,

essencialmente egoístico, porque só pune os actos hostis ao Estado estrangeiro capazes de suscitar um perigo ao Brazil (arts. 90, 99 e 100).

Assim, não são puniveis pela lei brasileira os crimes commettidos em territorio brasileiro, contra um Estado estrangeiro, quer encarado em sua estabilidade interna ou nas condições existenciaes materiaes ou formaes (crimes de *alta traição*, como dizem os alle-mães), quer como individualidade que coexiste com outros (crimes de *traição contra o paiz*).

54. — A *extraterritorialidade da lei penal* comprehende as limitações da sua applicação em relação á condição das pessoas, limitações estabelecidas pelo direito publico interno e externo. Por considerações de ordem publica não estão sujeitos á lei penal os deputados e senadores ao Congresso Federal por suas opiniões, palavras e votos no exercicio do mandato (Const. Federal, art. 19). Assim, a irresponsabilidade refere-se tanto á affirmação de factos como á manifestação de idéas, pensamentos e opiniões.

No art. 20, conferindo mais a immunidadade pessoal á prisão, estabelece a Constituição : “Os deputados e senadores, desde que tiverem recebido diploma até a nova eleição, não poderão ser presos, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua camara, salvo caso de flagrante em crime inafiançavel. Nessé caso, levado o processo até a pronuncia exclusiva, a autoridade processante remetterá os autos á camara respectiva, para resolver sobre a procedencia da accusação, se o accusado não optar pelo julgamento immediato.”

As immunidades parlamentares, por isso que não são prerogativas individuaes, mas prerogativas do poder legislativo, que lhe asseguram a actividade pacifica e regular, não podem ser objecto de renuncia de qualquer dos seus membros (LABAND).

Os deputados e senadores estadoaes gozam das mesmas immunidades de que gozam os deputados e senadores federaes, se as Constituições dos seus respectivos Estado consagram os principios adoptados pela Const. Federal nos arts. 19 e 20.

Assim, os membros das ássembléas politicas, pelo que diz respeito ao exercicio de suas funções, estão sujeitos só ao correctivo moral das opinião publica e ás disposições disciplinares dos regimentos das respectivas camaras, normas estas previstas pela Constituição Federal quando no art. 18 dispõe que “a cada uma das camaras compete : organizar o seu regimento interno ; regular o serviço de sua policia.”

Embora o deputado ou senador não incorra em pena, o seu acto póde ser objecto de apreciação por parte da justiça sob outros pontos de vista, por exemplo, em questões de legitima defesa, re-torsão, instigação (LISZT). “O privilegio do deputado, diz BINDING,

não tem por effeito abrir a favor d'elle uma excepção á norma. O deputado não está autorisado a injuriar ou a provocar o commettimento de um crime de alta traição. Taes factos ficam sendo delictos (transgressões da norma); contra elles é licita a legitima defesa; applicaveis lhes são os principios sobre a retorsão, se porventura um delegado do *Bundesrat* ou um expectador diffamado da tribuna retrquir a injuria com a injuria; nelles é possivel uma instigação punivel. Tão sómente fóra da camara taes actos não podem ser processados civil, criminal ou disciplinarmente.

55. — Por considerações de direito internacional gozam da isenção da lei penal :

1.º — Os chefes dos Estados estrangeiros, qualquer que seja a forma de governo. Da mesma immuniade goza o Papa, que muito embora perdesse o poder temporal, é, todavia, considerado inviolavel pelas potencias estrangeiras.

2.º — Os corpos militares estrangeiros que atravessarem o territorio brasileiro, com permissão do governo.

A permissão para a passagem importa em renuncia de jurisdicção. Conceder ou não passagem á forças estrangeiras pelo territorio do paiz *para operações militares* compete privativamente ao Congresso Nacional (Const. Federal, art. 34, n. 19).

3.º — Os ministros publicos ou agentes diplomaticos, isto é, os mandatarios que o governo de um Estado acredita junto do governo de outro, para representar os seus direitos e interesses.

Nesta classe se incluem, segundo accordo tomado pelos Congressos de Vienna e de Aix-la-Chapelle, geralmente aceito pelas nações :

- a) Embaixadores, legados e nuncios ;
- b) Enviados propriamente ditos, ministros plenipotenciarios e internuncios ;
- c) Ministros residentes ;
- d) Encarregados de negocios.

Consideram-se tambem ministros publicos, embora não sejam acreditados juntos a nenhum governo, os mandatarios que os Estados enviam aos congressos e conferencias diplomaticas com poderes para represental-os (LAFAYETTE, CLOVIS BEVILAQUA).

Attendendo ao seu caracter representativo e á necessidade de assegurar-lhes independencia no exercicio de suas funções, os ministros publicos gozam das seguintes immuniades :

- 1) *Inviolabilidade pessoal*, não podendo ser presos ou soffrer quaesquer violencias, por issó que se consideram feitas á nação que representam, immuniade que o codigo penal, art. 99 e Lei n. 30, de 8 de janeiro de 1892, art. 12, profegem, qualificando como crime a sua violação.

Essa inviolabilidade começa desde que o ministro é recebido, perdura enquanto elle exerce a sua missão, e persiste, apesar do rompimento das relações diplomaticas entre o paiz que o enviou e o que o recebeu, a despeito até de uma declaração de guerra (CLOVIS BEVILAQUA).

2) *Isempção de jurisdicção criminal.* Assim, fallece jurisdicção ao Estado junto do qual estão acreditados, para chamar os agentes diplomaticos a juizo, para processal-os, condemnal-os, executar sentenças em suas pessoas, quer se trate de crimes commettidos no paiz, quer no estrangeiro. Não importa, porém, esta immuni-  
dade em impunidade, por isso que o agente fica obrigado a responder perante a jurisdicção do Estado que representa. A nossa Constituição Federal, art. 59, letr. b, reconhece esta immuni-  
dade, por isso que, conferindo ao Supr. Trib. Federal competencia privativa para processar os ministros diplomaticos brasileiros, nos crimes communs e de responsabilidade, presuppõe, em consequencia, incompetencia dos tribunaes do paiz de residencia desses agentes para conhecer desses crimes. Se o ministro publico arma insidias, ou tenta contra a vida do chefe do Estado ; se conspira ou toma parte em conspirações contra a independencia do Estado, ou para subverter as instituições ; se ousa perturbar a paz e a segurança publica, não se pôde recusar ao governo o direito de tomar os passaportes ao agente, cercar sua casa pela força publica, conduzi-lo de-  
baixo de escolta até as fronteiras (BONFILS, LAFAYETTE, WHEATON).

3) *Inviolabilidade de habitação,* não sendo permittido, em principio, ás autoridades locaes entrar nos palacios em que residem os ministros, bem como em suas dependencias e accessorios, para dar buscas, effectuar prisão ou praticar outras diligencias.

Esta franqueza é principalmente determinada pela razão do respeito devido á pessoa e dignidade dos ministros, como ainda pela necessidade de manter o segredo e inviolabilidade da correspondencia, papeis e livros da legação.

A franqueza da casa, sendo uma irradiação da immuni-  
dade do ministro, não pôde ser entendida senão com relação á pessoa do mesmo ministro, e ao desempenho da sua missão; nella, pois, não se include, como outr'ora se pretendeu, o direito de *asylo*, isto é, o direito que alguns ministros, mais de uma vez, se arrogaram de recolher criminosos em sua residencia e de dest'arte subtrahil-os á acção da justiça local.

Acha, porém, excusa em poderosas razões de humaniade e tem sido praticado, como um direito, na America do Sul, o *asylo* a criminosos politicos para salvar-os das perseguições e vinganças de inimigos e governos que não offerecem garantias de imparcialidade. Pelo expendido, resta observar :

1.º Que se dentro da casa do ministro se está praticando algum crime, á policia local é licito penetrar no edificio para soccorrer a victima;

2.º Que a jurisdicção territorial tem perfeita competencia para processar, julgar e punir os delictos ou crimes perpetrados contra quem quer que seja no palacio do ministro publico, por pessoas extranhas á legação, ou sejam nacionaes, estrangeiros ou compatriotas do mesmo ministro (LAFFAYETTE, CALVO, FIORE, PRADIER, HEEFTER).

As immuniidades concedidas aos ministros estendem-se á mulher e ás pessoas de sua familia, que habitem com elle e ao pessoal da legação, como: secretarios, conselheiros, addidos militares, correios, etc.

Divergem os escriptores se devem ser contemplados tambem os famulos ou criados, uns opinando pela negativa (CLOVIS BEVILAQUA, BONFILS), outros pela sujeição de taes pessoas á jurisdicção local, sómente no caso de serem nacionaes do paiz de residencia do mesmo ministro (LISZT, MOORE, LAFAYETTE, MERIGNAC).

56 — Os consules, por isso que não têm character diplomatico, exercendo funcções puramente administrativas e de jurisdicção voluntaria com relação a interesses individuaes, não se incluem logica e juridicamente na classe dos ministros publicos.

Attendendo, porém, que se acham investidos de uma delegação emanada da soberania do Estado, que os nomeia, entendem os mais autorisados escriptores que elles gozam de immuniidades, desde que se trate de crimes funcçionaes, não assim em caso de crimes comuns. No primeiro caso, sendo interessado directo o Estado, que nomeia o consul, a elle compete especialmente promover a punição do culpado: no segundo, interessada como é directamente a sociedade, em cujo seio se acha o consul, tem ella o direito de processal-o e julgal-o (CLOVIS, LAFAYETTE, CALVO, HEEFTER, PRADIER).

Esta doutrina foi seguida no Brazil, como se póde ver pelos Avis. n. 22, de 5 de fevereiro de 1828 e n. 24, de 19 de janeiro de 1830, pelos Decrs. n. 855, de 8 de novembro de 1851, arts. 17 e segs., Avis. n. 455, de 27 de novembro de 1874 e Decr. n. 3.259, de 11 de abril de 1897, art. 40.

No art. 17, do cit. Decr. de 8 de novembro de 1851, que é o assento principal da materia, se diz que “os agentes consulares estrangeiros são sujeitos, nos negocios civeis e nos delictos individuaes, que commetterem, á jurisdicção das autoridades do Imperio, quer se trate de um negocio que lhes seja directamente relativo, quer pertença a terceiro, ... guardando-se, porém, para com os mesmos agentes, todas as atencções usadas no fôro, quando as citações e intimações se dirigem a pessoas, que exercem cargos de elevada categoria.” No art. 19 se declara que são isentos de buscas.

e toda e qualquer investigação por parte das autoridades do paiz os archivos, documentos e correspondencia official dos consulados e vice-consulados estrangeiros, e no art. 23 que as disposições dos arts. 17 e 19 deixarão de aproveitar aos agentes consulares e subditos daquellas nações entre as quaes os agentes consulares e subditos brasileiros não encontrarem reciprocidade, declarando o governo federal qual ou quaes daquellas disposições devam por semilhante motivo deixar de ter execução.

### 57. — Jurisprudencia brasileira

I. Tendo sido o crime commettido em alto mar, a bordo de um navio mercante inglez, e tendo sido o criminoso, chegado o navio a este ponto, confiado á policia brasileira, que o conservou em custodia para ser de novo entregue ao representante do governo inglez, compete á justiça ingleza o processo e julgamento do delicto em questão, quer em face das leis brasileiras, especialmente do art. 4.º do Codigo Penal patrio, que só reputa territorio nacional, para os fins criminaes, além do territorio propriamente dito do Brazil, os portos e mares territoriaes, os navios brasileiros em alto mar, os navios mercantes estrangeiros surtos em portos brasileiros e os navios de guerra nacionaes em portos estrangeiros; quer diante do direito internacional; porquanto, o alto mar não pertence á nação alguma, e , portanto, o navio que o atravessa, está subordinado á jurisdicção de seu paiz. Sendo assim incontestavel a competencia da justiça da Inglaterra para processar e julgar o criminoso, só poderia cessar essa competencia, se o facto de ter entrado o vapor em porto brasileiro, e de em consequencia ter sido o criminoso confiado á guarda da policia brasileira, tivesse a efficacia juridica de transferir da competencia dos tribunaes britanicos para a dos brasileiros o processo e julgamento do criminoso. Isso, porém, não se verifica.

Como é corrente em direito internacional, o *transito* dos proprios extradictados por um paiz intermedio não produz o effeito de alterar a competencia dos juizes incumbidos de julgal-os, conferindo tal attribuição aos tribunaes do paiz por onde se effectua o *transito*. Por igual, ou por mais forte razão, o transporte pelo territorio de um paiz, ou com escalas por esse territorio, de um delinquente preso pelas agentes da nação, á qual compete julgar e processar o criminoso, não confere ás autoridades desse paiz competencia para dirimir o caso penal. Pouco importa que o criminoso tenha sido confiado por alguns dias á policia brasileira (*Accordam do Supr. Tribunal Federal*, de 12 de abril de 1914).

II. — O portuguez, réo de crime de homicidio, praticado em alto mar, a bordo de um navio portuguez, póde ser recolhido, a requeri-

mento do consul de sua nação, na prisão do primeiro porto do Brazil em que tocar o navio, até que se offereça oportunidade de ser remettido ao seu paiz para ser julgado, e não tem direito de ser solto por *habeas-corpos* (*Accord. da Relação da Côte*, em 23 de março de 1877).

III. — E' incompetente a justiça brasileira para tomar conhecimento de um crime commettido em alto mar, a bordo de um navio estrangeiro, que assim só pôde ser considerado como um prolongamento de territorio do paiz, a que pertence e sujeito ás suas leis penaes. A policia brasileira, porém, pôde, á requerimento do consul da nação a que pertence o navio, manter o criminoso em custodia até que possa ser remettido para o paiz, sob cuja soberania commetteu o crime em alto mar. A policia não é senão uma mera detentora em nome do representante do paiz a cuja ordem está preso o criminoso, escapando assim ás attribuições da justiça brasileira conhecer da legalidade ou illegalidade da prisão (*Accord. do Trib. de Appellação e Revista da Bahia*, de 18 de março de 1904).

IV. — Comprehende-se por *mares territoriaes* o espaço maritimo que do litoral pôde ser alcançado pelos meios de defesa do territorio, como são unanimes em affirmar varios autores de direito internacional (*Accords. do Trib. de Appellação e Revista da Bahia*, de 18 de março de 1904).

V. — Não ha accôrdo entre os criminalistas sobre a competencia para o julgamento dos crimes preparados em um paiz e realizados em outro, considerando alguns preponderantes o movimento corporeo, os actos materiaes que necessariamente hão de produzir o resultado almejado, dando outros preferencia ao mesmo resultado, e havendo, finalmente, uma terceira theoria que considera equivalente o movimento corporeo e o resultado, e, portanto, sustenta que as justiças de ambos os paizes são competentes para o procedimento criminal;

Considerando que os juizes suscitados, tendo em consideração o resultado como o unico elemento attentivel para firmar a competencia, se inspiraram exclusivamente na lição de VON LISZT — *Tratado de Direito Penal Alemão* — traducção do Dr. JOSÉ HYGINO — que, depois de citar as tres supraditas theorias, e dar justamente o exemplo de uma machina infernal expedida de Bremen para Nova York — assim doutrina: “Para sabermos qual destas tres alternativas merece a preferencia, devemos partir do facto incontestavel que, segundo o direito actualmente em vigor, o character da accção é determinado pelo resultado produzido.

Não é a remessa de uma machina infernal, mas a mudança por esse facto operado no mundo exterior, que imprime á accção o cunho de um certo crime. Esta conclusão corresponde, sem duvida, melhor

do que qualquer outra á missão do direito penal — a protecção de bens juridicos. Obtemos, pois, a seguinte these: *o autor age no logar e na época em que produziu o resultado*. Mas esta these precisa ser explicada: *regulador é o resultado que, já separado do movimento corporeo, e, portanto, da vontade humana, se apresenta como um effeito em si independente*. Os resultados ulteriores, que decorrem da acção, não são tomados em consideração.

O que regula é, pois, o logar e o tempo do ferimento mortal, e não o logar e o tempo em que a morte produziu-se”.

Mas a doutrina de VON LISZT, levada ás suas ultimas consequencias, daria em resultado a impunidade da tentativa, na qual se não obtem a violação de um bem juridico, e assim não seria necessaria a protecção do direito penal;

Considerando que o próprio VON LISZT não sómente enumera grande numero de escriptores allemães que consideram decisivo o movimento corporeo; como reconhece que a praxe equipara as mais das vezes os dois elementos da acção, citando especialmente neste sentido um accordam do Tribunal do Imperio, de 17 de junho de 1892: “todo o logar em que o facto é executado, seja immediatamente pelo movimento corporeo do agente, seja pela força que elle poz em movimento”;

Considerando que em nota ao supracitado texto de VON LISZT, o Dr. JOSÉ HYGINO cita a opinião em contrario de BINDING que considera praticado em um paiz todo crime que nelle se desenvolveu no todó ou em parte;

Considerando que os mais autorizados criminalistas francezes e belgas tambem repellem a doutrina exclusivista do resultado, sustentando a competencia para o processo das autoridades do paiz em que o crime foi preparado, sendo praticados todos os actos necessarios á sua execução.

“Não é certamente necessario, doutrina GARRAUD — *Traité theorique et pratique de Droit Pénal* — para se considerar uma infracção commettida sobre o territorio francez que essa infracção comece e inteiramente termine no mesmo territorio.

Todo facto constituido um acto de execução, seja que elle comece, se consumme ou mesmo continue a execução, faz com que se considere a infracção commettida no territorio em que esse facto teve logar

Quando um delicto foi perpetrado por multiplos actos de execução basta que um desses actos se realise no nosso paiz para que a infracção possa ser qualificada como commettida em França.”

“O art. 3 do Cod. Penal, ensina ADOLPHO PRINS — *Science Pénal et Droit Positif* — pune as infracções commettidas no territorio belga.

E' preciso comprehender entre ellas as que se compõem de factos realisados em parte no territorio belga e em parte no territorio estrangeiro, quando ha entre esses factos um encadeamento real de forma a poderem ser considerados como formando um todo indivisivel. O culpado collocado em territorio belga actúa sobre a victima que se acha no outro lado da fronteira em territorio hollandez. Ha entre esses factos um laço indivisivel: o crime está realisado, tanto aos olhos do juiz hollandez, como aos olhos do juiz belga, e o culpado poderá ser processado na Hollanda, se elle passar a fronteira, como poderá sel-o pela nossa justiça, se ficar na Belgica. Poderiamos citar naturalmente muitos exemplos de infracções que graças á facilidade actual das communicações entre os paizes podem ser commettidas em varios territorios, e em que o resultado querido pelo autor é obtido a uma grande distancia do logar em que elle agiu. Enviaem da Belgica machinas infernaes, engenhos ou materias explosivas, venenos que matam a victima no estrangeiro. Escrevem na Belgica e publicam no estrangeiro um artigo calumnioso que deshonra uma pessoa residente no estrangeiro. A solução é simples e os factos formam um todo indivisivel: em 1 de junho enviam de Anvers uma machina infernal que a 15 de julho mata em Nova York o seu destinatario. O crime se consummou em Nova York, mas pôde ser processado na Belgica.

Nem esta solução pôde levantar discussões theoricas desde que se não perca de vista que é conforme ao interesse publico e aos principios geraes do direito que as fronteiras deixem de ser um obstaculo á repressão. Na hypothese figurada a acção e effeito não podem ser nem materialmente, nem idealmente separados."

Considerando que applicando á hypothese dos autos a doutrina consagrada pelo citado accordam do Tribunal do Imperio Allemão, de 17 de junho de 1892, é indiscutivel a competencia da justiça brasileira para processar e julgar os autores do attentado de que foi victima o vapor inglez *Tennysson*, porquanto a machina infernal, regulada a relógio, e devendo explodir fatalmente em um determinado momento foi collocada na Bahia, e, portanto, foi no territorio brasileiro que se realisou o movimento corporeo do agente, partindo do mesmo territorio a força que elle poz em movimento;

Considerando que o nosso Cod. Penal absolutamente não consagrou a doutrina exclusivista do resultado, preconizada por VON LISZT: ao contrario, sujeita á acção da lei penal a pratica de todos os factos criminosos, ainda que elles não obtenham o fim almejado, não passando da phase da tentativa;

Considerando que para excluir a acção da justiça brasileira na punição do crime de que se trata, o juiz da 2.<sup>a</sup> Vara Criminal da cidade de São Salvador allegou: 1.<sup>o</sup>, que foram sómente lesados os direitos juridicos da nação ingleza e nenhum do Brazil; 2.<sup>o</sup>, diffi-

culdades processuaes para a formação da culpa entre nós, se tratando de um crime que se realisou no estrangeiro”;

Considerando que não é exacto que fossem soffridos sómente direitos da Inglaterra, porquanto o facto delictuoso de que foi victima o vapor *Tennysson* incontestavelmente constitue uma gravissima offensa á nossa soberania. Com effeito, preparando um attentado no nosso territorio, contra um vapor pertencente a um dos belligerantes, os seus autores quebraram a rigorosa neutralidade que o nosso governo entendeu dever guardar durante a actual guerra que conflagra o mundo civilisado, neutralidade que deve ser observada por todos que habitam o nosso territorio;

Considerando que é indiscutivel interesse do Brazil em não permittir que alguém, abusando da nossa tão generosa hospitalidade, pratique qualquer acto que possa perturbar as amistosas relações que felizmente mantemos com todas as nações envolvidas na guerra;

Considerando que a allegação de ser difficil processar no Brazil os autores de um crime que se consummou em territorio inglez prova de mais, porque maiores difficuldades encontraria ainda a justiça ingleza para o mesmo processo, estando na Bahia as provas do crime, e residentes provavelmente lá os seus autores;

Considerando que, firmada a competencia das autoridades judiarias brasileiras para o respectivo processo criminal, é liquida e incontestavel a competencia da justiça local, *ex-vi* do que dispõe a Constituição Federal, art. 60, letra *l*, e na seguinte disposição do art. 15 do Decr. n. 848, de 11 de outubro de 1890, § 1.º: “Os crimes commettidos em alto mar, a bordo de navios nacionaes, os commettidos nos rios e lagos que dividem dois ou mais Estados, nos pertos, nas ilhas que pertencem á União, e em geral nos logares de absoluta jurisdicção do Governo Federal, serão, entretanto, julgados pelas justiças locaes, desde que não revistam o caracter de crimes politicos”;

Considerando finalmente que a unica questão de direito criminal internacional que podia ser suscitada na hypothese occorrente fica definitivamente resolvida nestes autos, restando apenas que se promova a punição de um crime de direito commum, sem o menor caracter politico;

Accordam julgar procedente o conflicto e declarar competente o juiz de Direito da 2.ª Vara Criminal da cidade de São Salvador para processar e julgar o crime verificado a bordo do vapor inglez *Tennysson* (Accordam do *Sup. Trib. Federal*, de 27 de janeiro de 1917).

Vide o que expendemos a respeito desta decisão, em o n. 51.

Quanto á extra-territorialidade da lei penal, devem ser mencionadas as seguintes decisões:

VI.— O estado de sítio suspende apenas as garantias constitucionaes, e como taes se reputam as que protegem os direitos individuaes, na lição de todos os constitucionalistas; portanto, não attinge as prerogativas inherentes ao exercicio dos poderes politicos por utilidade publica, e, conseqüentemente, não suspende as immuni- dades parlamentares, que assistem aos representantes da nação (*Accs. do Supr. Trib. Federal*, de 16 de abril de 1898 e 4 de abril de 1914).

VII. — As immunições dos deputados e senadores estadaoes são equiparaveis, para todos os effeitos, áas immunições parlamen- tares federaes, e devem prevalecer em todo o territorio nacional (*Accs. do Supr. Trib. Federal*, de 17 de outubro de 1900, 29 de maio de 1901, 4 de abril de 1914).

VIII. — A immunição resultante do recebimento do diploma de deputado cessa com a annullação da eleição (*Accord. do Supr. Trib. Federal*, de 27 de junho de 1903).

IX. — Renunciou as suas immunições parlamentares o depu- tado ou senador que se entregou á prisão (*Accord. do Supr. Trib. Federal*, de 12 de dezembro de 1904).

X. — A immunição do deputado só termina depois de eleita a nova Camara, pouco importando que a Constituição do Estado, copiando o art. 20 da Const. Federal, tenha omitido as palavras — “desde que tiverem recebido diploma, até a nova eleição (*Accord. do Superior Tribunal do Pará*, de 21 de janeiro de 1903).

XI. — E' passivel de prisão o advogado que retém autos inde- bitamente; mas se o advogado que reteve os autos é deputado, o mandado de prisão será sustado até que a Camara, a que elle per- tence, conceda a necessaria licença para a prisão (*Accord. do Trib. de Justiça de S. Paulo*, de 16 de novembro de 1914).

XII. — A immunição protege o deputado contra a prisão, mes- mo tratando-se de militar incurso em crime militar e processado em crime militar, porque tornando-se militar em disponibilidade, *ex-vi* do mandato electivo de que está investido, não póde ser attingido pelo rigor da disciplina militar, enquanto durar o exercicio das suas funções (*Accord. do Supr. Trib. Federal*, de 16 de julho de 1913).

XIII. — O principio da exterritorialidade do agente diploma- tico está positivamente consagrado no nosso direito patrio. Os pri-

vilegios, as immunitades do agente diplomatico só podem ser renunciados com consentimento do soberano do paiz do qual é representante o agente diplomatico (*Accord. do Supr. Tribunal de Justiça*, de 10 de agosto de 1867).

XIV. — Os consules estrangeiros não respondem perante a justiça brasileira pela desapparecimento de dinheiro pertencentes ao consulado e que estavam sob sua guarda (*Accord. da Relação da Corte*, de 6 de novembro de 1885).

XV. — Os agentes consulares, em seus negocios civis, não gozam de immunitades, são meros agentes commerciaes, salvo convenção especial em contrario (*Accord. do Supremo Tribunal Federal*, de 7 de julho de 1909).

XVI. — Os agentes consulares estrangeiros são sujeitos pelos delictos individuaes que commettem á jurisdicção das autoridades brasileira, respondendo, porém, pelos crimes praticados no exercicio do cargo, perante a justiça de seu paiz (*Accord. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 1 de novembro de 1906).

## 58. — Jurisprudencia estrangeira

### FRANCEZA

I. — Pour le cas de crime ou délit commis en France, la competence de la justice française s'étend aux faits de complicité, même commis à l'étranger, même par des étrangers (*Cassation*, 30 avril 1908, 13 mars 1891, 7 sept. 1893).

II. — Les faits de complicité commis en France, mais se référant à des crimes ou délits commis à l'étranger, échappent à la juridiction française (*Cass.* 19 avril 1888, Lyon, 27 dec. 1892).

III. — L'immunité parlementaire est le privilège de la chambre elle même: un membre ne peut renoncer à s'en prevaloir — *Trib. de Reims*, 29 mars 1862, BESANÇON, 10 avril 1865.

IV. — L'autorisation, dans les cas où elle est requise, doit, a peine de nullité, précéder tout acte de poursuite, y compris la citation (*Cass.*, 30 janvier 1903).

V. — L'immunité se restreint à la personne de l'ambassadeur et de ceux qui l'accompagnent avec le même caractère public. Elle

ne peut être invoquée par les gens de sa maison (Cass., 11 juin 1852).

VI. — Malgré la fiction qui fait considérer comme inviolable les hôtels des ambassadeurs étrangers, ces hôtels font bien en réalité partie du territoire français. Les tribunaux français connaissent en conséquence de tout crime qui y aurait été commis par un individu qui ne couvre aucune immunité diplomatique (Cass., 11 juin 1852, 13 octobre 1865).

VII. — Aucune distinction ne peut être faite entre le caractère public et le caractère privé de l'agent diplomatique, sans violer la règle générale de l'immunité diplomatique.

Cette immunité est, en principe, indivisible; il appartient à l'agent seul de renoncer à s'en prévaloir devant les tribunaux du pays auprès duquel il est accrédité (*Cours de Pariz*, 8 août 1900).

VIII. — Attendu que le baron de Pappenheim est ministre du grand duc de Hesse, résidant en France; que à ce titre, il jouit des immunités accordées par le droit international aux ministres des puissances étrangères; que la baronne de Pappenheim, sa femme, jouit des mêmes immunités; que ces immunités sont d'ordre public; que ceux qui en jouissent, comme représentant leur gouvernement, ne peuvent y renoncer, et qu'on ne peut exciper contre eux d'aucun acte par lequel ils auraient consenti à s'en dépouiller; que ainsi, le tribunal de commerce était incompétent pour connaître d'une action personnelle dirigée contre la baronne de Pappenheim; que cette incompétence étant d'ordre public ne saurait être couverte par le consentement que l'appellante aurait donné à plaider devant le tribunal (*Cour de Pariz*, 21 août 1841, *Trib. de la Seine*, 31 juillet 1878).

IX. — Les tribunaux français ne peuvent jamais connaître des plaintes formées par des étrangers contre les consuls de leur nations à raison des actes faits par ceux-ci sur l'ordre de leurs gouvernements. (Cass., 3 vendémiaire an IX).

X. — Il ne serait point exact de dire que les consuls étrangers participent aux prérogatives d'immunité dont jouissent, pour eux et les personnes de leur suite, les ambassadeurs, les ministres et envoyés des puissances étrangères; ces divers délégués sont considérés comme représentant en France leur souverain, qui leur a confié ses pouvoirs. On ne saurait donner ce caractère au consul, qui n'est que le protecteur, le régulateur des opérations ou des difficultés de ses nationaux (*Cour d'Aix*, 14 août 1829, *Cour de Pariz*, 2 mars 1868).

## ITALIANA

XI. — Le navi mercantili quando si trovino nelle acque territoriali di un altro stato, sono governate dalla legge penale di questo stato, solo nel caso di reati commessi a bordo, i quali turbino in qualche guisa l'ordine esterno, la tranquillità e la sicurezza del paese di dimora (*Supremo Collegio*, sentenze, 9 novembre 1896, 7 luglio 1899, *Cass. un.* VIII, 215, X, 1.326).

XII. — E' colpevole di contrabbando ed é punibile alla stregua della legge doganale italiana lo straniero che abbia cooperato al contrabbando commesso in Italia, risiedendo in territorio estero (*Cass.*, 12 giug. 1890, *Cass. unica*, I, 372).

## ARGENTINA

XIII. — El artículo 61 de la Constitución establece que “ningun Senador ó Deputado, desde el dia de su elección hasta el de su cese, pueda ser arrestado, excepto en el caso de ser sorprendido in *flagranti* en la ejecucion de algun crimen que merezca pena de muerte, infamante ó aflictiva”. Ejercida discrecionalmente y sin *control* esa facultad que el artículo 23 de la Constitución confiere al Presidente, ella puede venir á modificar substancialmente las condiciones de las camaras del Congreso; ezerciéndose esa facultad sobre sus miembros y alterandose el resultado de las mayorias ó impidiendo en absoluto el funcionamiento del Poder Legislativo, arrestándose ó trasladándose por la sola voluntad del Presidente, los senadores ó deputados en el numero necesario para producir esos resultados.

La Constitución no ha buscado garantir á los miembros del Congreso con una inmunidad que tenga objetos personales, ni por razones del individuo mismo á quien hace immune.

Son altos fines politicos los que se ha propuesto, y si ha considerado esencial esa inmunidad, es precisamente para asegurar no sólo la independenciam de los poderes públicos entre si, sinó la existencia misma de las autoridades creadas por la Constitución. Resulta que, en tanto que no se trata del arresto autorizado, por excepcion, por el art. 61 de la Constitución, los miembros del Congreso Nacional no pueden ser arrestados.

Las facultades del estado de sitio no alcanzan hasta ellos, sobre quienes sólo tiene jurisdicción en esos casos la propia Cámara á que pertenecen. Las inmunidades constitucionales no están limitadas por el estado de sitio (*Suprema Corte*, 15 diciembre 1893).

Art. 5.º E' tambem applicavel a lei penal ao nacional ou estrangeiro que regressar ao Brazil, espontaneamente.

neamente ou por extradição, tendo commettido, fóra do paiz os crimes previstos nos capitulos I e II do titulo I, livro II, câpítulos I e II do titulo IV; os de homicidio e roubo em fronteiras e não tendo sido punido no logar onde deliniquiu.

Parapho unico. Ficam salvas as disposições dos tratados.

### Lei n. 2.416, de 28 de junho de 1911:

**Art. 13.º** Poderão ser processados, até á 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, 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 e 250).

§ 1.º O julgamento de taes criminosos, porém, só se tornará effectivo quando houverem elles regressado, espontaneamente ou por extradição do paiz.

§ 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 paiz.

**Art. 14.º** Poderá ser processado e julgado no Brazil 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 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 fór solicitada pelo Estado em cujo territorio foi commettida a infracção.

§ 2.º Não terão logar o processo e o julgamento pelos crimes referidos no art. 14, si os criminosos já houverem sido, no estrangeiro, absolvidos, punidos ou perdoados por taes crimes, ou si o crime ou pena já estiverem prescriptos, segundo a lei mais favoravel.

O processo e julgamento dos crimes do art. 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.

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

59. — Vimos que o systema dominante nas legislações dos povos cultos, no tocante á obrigatoriedade da lei penal em relação ao espaço, é um systema mixto, ligando-se os principios da territorialidade e pessoal, aquelle como regra.

Para designar os casos de applicação da lei penal a factos delictuosos commettidos fóra do territorio, usam os publicistas do termo — *extraterritorialidade*, mas denominação impropria, como bem nota TOLOMEI, pois com tal expressão se comprehende tambem os casos de isenção da lei e da jurisdicção penal a respeito de certas pessoas, attenta sua condição, sobre o territorio.

Para evitar equivoco, propõe se use do termo — *ultraterritorialidade*, para a applicação da lei penal a delictos commettidos fóra do territorio, reservando-se o termo — *extraterritorialidade*, para aquelles outros casos, alvitre aceitavel, e já adoptado por criminalistas patrios (JOÃO VIEIRA, LIMA DRUMMOND). Tratando da applicação da lei penal a delictos commettidos fóra do territorio, cumpre não confundir a *autoridade da lei* com o seu *direito de execução*, isto é, não se trata de applicar a lei, no *estrangeiro*, por delicto ahí commettido, por nacional ou não, e sim de applical-a ao autor do delicto, commettido no estrangeiro, quando esse autor ou agente se encontrar no territorio nacional. Se é certo que a lei de um povo é limitada pelo territorio respectivo, dahi não resulta que ella não possa attingir, *nesse mesmo territorio*, os delictos commettidos em outra parte. — Ora, se a territorialidade da lei penal é fundada no principio da soberania, este mesmo principio conduz á esta consequencia que todas as vezes que a nação tiver interesse em punir, em seu territorio, uma infracção commettida em paiz estrangeiro, poderá e deverá fazel-o, quer para proteger sua propria existencia, quer para proteger seus nacionaes (GARRAUD).. Dahi a razão da *ultraterritorialidade da lei penal*.

60. — A tendencia das legislações modernas é de ampliar a ultraterritorialidade da lei penal, mesmo quando só interesses de humanidade imponham sua applicação, como nos casos de *pirataria* e de *trafico de escravos*, já como garantia da defesa nacional, já como affirmação da solidariedade internacional. Sem descambar para o excesso, a questão é encarada com exacto criterio juridico pela theoria ou principio *real* ou da *protecção aos interesses nacio-*

*naes*, segundo o qual o Estado tem o dever primario de proteger as coisas e as pessoas postas immediatamente sob sua soberania, protecção que dá quer os bens juridicos pertencentes á nação ou a seus membros se encontrem no territorio, quer fóra d'elle, e além desse dever primario, cabe-lhe levar a protecção penal a bens juridicos extranhos existentes fóra de seu territorio, quando a offensa partir de seus proprios subditos, por isso que o exigem a convivencia e o commercio das nações.

Excederiam, porém, o circulo dos interesses immediatos de um Estado o dispensar a sua protecção, por meio de comminação de penas, a bens extranhos nas relações entre estrangeiros.

Para isso outros Estados é que são competentes e mais aptos.

O nosso direito vinha se orientando por essa fórmula, como se vê pela Lei n. 3.615, de 4 de agosto de 1875, quando o vigente codigo penal veio perturbar essa evolução, com a injustificavel e lacunosa disposição do art. 5. Segundo dispunha aquella lei, eram puniveis os brasileiros que *regressassem* espontaneamente, ou por extradição conseguida para esse fim, e que em paiz estrangeiro commettessem algum dos crimes contra a independencia, integridade e dignidade da nação, contra a Constituição do Imperio e fórmula do governo, contra o chefe do governo, ou de moeda falsa e falsificação de titulos publicos ou bilhetes de banco autorizado pelo governo (Cod. criminal, arts. 68 a 78, 85 e 86, 87 e 89).

Egualmente eram puniveis os estrangeiros, autores de taes crimes, quando *viesses* ao territorio brasileiro, ou espontaneamente, ou por extradição obtida para esse fim (art. 2).

Eram ainda processados e julgados os brasileiros que viessem espontaneamente, e que em paiz estrangeiro perpetrassem contra brasileiros ou estrangeiros os crimes de falsidade, perjurio, estelionato ou qualquer crime inafiançavel, uma vez que precedesse queixa ou denuncia, nos termos das leis do Imperio (art. 3). Quando esses crimes fossem commettidos por estrangeiros contra brasileiros, em paiz estrangeiro, e viessem os delinquentes ao imperio, ou seriam entregues por extradição, sendo reclamados, ou expulsos do territorio brasileiro ou punidos conforme a lei brasileira, sendo necessario neste caso queixa ou denuncia, e que as leis do paiz do delinquente estabelecessem punição em caso semelhante contra estrangeiro (artigo 5). Como se vê, o legislador, seguindo o exemplo de outros povos cultos, distinguiu os crimes commettidos em paiz estrangeiro, e passiveis de punição no Brazil, em duas categorias, com tratamento diverso, attenta a differença da gravidade, a saber: a) crimes contra a existencia politica e economica do Brazil; b) crimes contra bens juridicos particulares, cujo agente ou victima fosse nacional. Assim, a punição do facto delictuoso commettido em paiz estrangeiro, era infligida em attenção á *natureza do facto* ou á *nacionalidade do agente* ou da *victima*, casos em que o castigo,

justo em si mesmo, era *util* para a conservação da ordem publica brasileira.

61. — O codigo vigente veio perturbar a evolução do nosso direito, toda ella inspirada em razões juridicas, e de previdente politica criminal, por isso que restringiu de tal fórma a applicação da lei penal a factos delictuosos commettidos fóra do paiz, a tornal-a quasi que territorial, beneficiando assim delinquentes temiveis, em detrimento dos interesses nacionaes.

Segundo o art. 5, que neste ponto revogou a Lei n. 3.615, de 4 de agosto de 1875, é applicavel a lei penal ao nacional ou estrangeiro que *regressar* ao Brazil, espontaneamente ou por extradicção, tendo commettido fóra do paiz crimes contra a existencia politica da Republica, de moeda falsa ou de falsidade (livro II, tit. I, caps. I e II, tit. IV, caps. I e II), e de homicidio e roubo em fronteiras, isto é, nas zonas limitrophes do Brazil, e isso mesmo suppletivamente, ou quando o agente *não tiver sido punido no lugar onde delinquiriu*, e ainda quando *regressar* ao Brazil. Deixa, pois, de ter applicação a lei penal ao estrangeiro que nunca esteve no Brazil, attente muito embora contra os mais vitaes interesses politicos ou economicos da nação, pois o legislador se refere ao estrangeiro que *regressar* e este termo significa — voltar para o ponto donde se partiu, conforme ensinam os lexicons. Não reparou o confeccionador do codigo que a Lei n. 3.615, de 1875, empregando o termo *regressar*, o fez adequadamente, em relação ao nacional.

Depois, tratando-se de crimes que affectam a existencia politica ou economica da nação, não se concebe, pondera JOSÉ HYGINO, que a punição por parte do Estado offendido seja supletiva, isto é, que fique ella na dependencia de protecção extranha.

Nem procede a objecção de verificar-se no caso o principio do *non bis in idem*, pois este só prevalece em relação á sentenças proferidas pela justiça do paiz.

Nem se póde applicar por equidade a lei estrangeira, quando fôr mais benigna ao accusado, pois nem sempre é sufficiente para a repressão de delictos que offendam as condições de existencia de outro Estado.

Sanando os defeitos notados, e acautelando devidamente os interesses nacionaes, a Lei n. 2.614, de 28 de junho de 1911, regulando tambem a extradicação, dispõe que o processo e julgamento do estrangeiro que fóra do paiz commetter algum dos crimes mencionados no art. 5 do codigo penal, se effectuarão quando, espontaneamente ou por extradicação, *vierem* ao paiz (art. 13, § 2.º), processo e julgamento que não serão obstados por sentença ou qualquer acto de autoridade estrangeira.

Manda, porém, computar no tempo da pena a prisão que no

extrangeiro tiver, por taes crimes, sido executada, o que é de stricta justiça (art. 14, § 2.º).

Neste mesmo artigo amplia a acção da lei penal no extrangeiro, tornando-a extensiva ao nacional ou extrangeiro que ahi perpetrar crime contra brasileiro e ao qual commine a lei brasileira pena de prisão de dois annos no minimo.

O processo e julgamento neste caso são suppletivos, ou não terão logar se os criminosos já houverem sido absolvidos, punidos ou perdoados por taes crimes, ou se o crime ou pena já estiverem prescriptos, segundo a lei mais favoravel, disposição de manifesta procedencia, porquanto em jogo não está a existencia politica ou economica da nação.

62. — A extradição vem a ser um dos meios por que se torna effectiva a ultra-territorialidade da lei penal, e se pôde definir como o acto pelo qual um Estado entrega um individuo, indiciado, pronunciado ou condemnado por infracção da norma penal a um outro Estado, espontaneamente ou mediante reclamação deste, porque é competente para julgar-o e punil-o.

Diz-se “Estado requerente” aquelle que solicita a extradição, e “Paiz de refugio” ou “Estado requerido”, aquelle em cujo territorio se acha o delinquente. Na concepção moderna, é a forma mais importante da assistencia ou cooperação internacional contra o crime (LISZT, BINDING, MEYER, FINGER, FIORE, BERNARD), ou como diz PRINS, a manifestação mais caracteristica da assistencia internacional no dominio do direito penal, a medida que exprime com mais força, neste dominio, o sentimento da solidariedade dos povos civilizados e da communidade de seus interesses. Corresponde á necessidade internacional de segurança e de defesa social ; se o Estado, em cujo territorio se refugia o criminoso de direito commum, não pôde punil-o, deve, para uma prevenção e repressão efficazes, entregal-o ao Estado que tem o direito de perseguil-o criminalmente. De outro modo, os territorios dos differentes Estados tornar-se-iam logares de refugio para os delinquentes, e a recusa de extradição constituiria não só um acto de hostilidade para o Estado que reclama o delinquente, mas tambem uma offensa ao principio de justiça.

Em nosso paiz, este instituto foi especialmente regulado pela citada Lei n. 2.416, de 28 de junho de 1911, inspirada nessa concepção, constituindo realmente um progresso de nossa legislação, posta em paralelo, no assumpto, ás mais liberaes e previdentes.

Em nossa monographia — *A extradição*, tivemos occasião de apreciar o instituto em geral, e especialmente em face daquella lei. Aqui tocaremos nos seus pontos essenciaes.

63. — A extradição, por isso que suppõe, de uma parte, uma *infracção* commettida, de outra parte, uma *pessoa* convencida ou pre-

sumida de ser seu autor, segue-se que as condições de que ella depende são relativas aos *factos* em razão dos quaes é pedida, e as *peçoas* a que se applica..

Em principio todos os inculpados ou condemnados devem ou podem ser extraditados. Entretanto, restricções têm sido feitas á essa comprehensão subjectiva da extradição, salientando-se a que diz respeito á nacionalidade do criminoso, geralmente vedando-se a extradição do subdito do Estado requerido (cods. penaes allemão, art. 1, italiano, art. 9, leis especiaes e generalidade dos tratados), A Inglaterra e os E. Unidos da America fazem excepção, não vedando por lei a extradição de seus nacionaes, mas a respectiva jurisprudencia não tem sido uniforme a respeito, e nos tratados mais recentes daquelles paizes não se vêm clausulas que a autorizem. Com aquella restricção creou-se o systema “pessoal” que se antepõe ao systema “territorial”.

Com sobejas razões tem-se impugnado como injustificavel semelhante restricção, verdadeiro resquicio do direito de asylo, incompativel de todo com os sentimentos de solidariedade internacional, cerceadora de procedimento efficaz contra os delinquentes. Effectivamente, são de inteira procedencia as seguintes razões: 1.<sup>a</sup> Commettido um delicto, estabelece-se uma relação directa entre o delinquente e o Estado cuja norma penal violou, pela qual fica aquelle sujeito ás suas leis repressivas. Conceder asylo sob o estreito fundamento da nacionalidade do delinquente, é impedir o exercicio do direito de punir a quem delle está investido muito legitimamente, é violar o sentimento de solidariedade que deve reinar entre as nações para a perfeita consecução de seus fins.

2.<sup>a</sup> O *forum delicti commissi* é o mais competente para o processo e julgamento do delinquente, porquanto é ahi que se póde colligir todos os elementos do *corpus delicti*, os instrumentos do crime, a prova de sua autoria e cumplicidade; é tambem ahi que o accusado póde melhor fundamentar sua defesa, com testemunhas e outros dados probantes, que apreciados de longe, poderão diminuir de valor.

E porque é ahi que occorrem o damno material e o moral, é que deve ser operada a repressão com todos os seus effeitos uteis, e verificada com segurança a reparação civil devida ao offendido. Dest'arte resalvam-se devidamente os interesses da sociedade offendida, do proprio delinquente e da parte offendida.

3.<sup>a</sup> Não ha offensa á dignidade do Estado requerido, entregando seu subdito á justiça estrangeira, porquanto não o faz sob qualquer coacção, mas livremente, no pleno exercicio de sua soberania, de accordo com as suas leis, examinada a procedencia do pedido funcção esta em muitos paizes entregue ao poder judiciario, que a exerce com todas as cautelas, guiado pelas normas do direito judiciario.

A denegação da extradição do proprio subdito importa finalmente em desconfiança contra a justiça do Estado requirente, não

em virtude de um caso concreto, mas *a priori*, não deixa de ser um exaggero injustificavel.

Rompendo com os preconceitos do nacionalismo, a nossa lei consigna a extradição do nacional, subordinando-a razoavelmente á condição de reciprocidade de tratamento, e previdente e juridicamente dispõe que "a falta da reciprocidade não impedirá a extradição no caso de naturalisação posterior ao facto que determinar o pedido do paiz onde a infracção fôr commettida (art. 1, §§ 1.º e 2.º). Esta solução, que vemos adoptada tambem no tratado celebrado entre a Inglaterra e a França, em 14 de agosto de 1876, é a mais juridica, por isso que, se é certo que a naturalisação tem por effeitos immediatos romper os vinculos que prendiam o individuo ao paiz de origem, esses effeitos não alcançam o passado, não retroagem, especialmente no sentido de extinguir os deveres que tinha o individuo para com o Estado de origem, quaes os de submeter-se ás suas leis e de soffrer a punição que em consequencia de sua infracção lhe possam applicar seus tribunaes (LAFAYETTE, FIORE, CALVO).

Previendo o caso do mesmo individuo, pelo mesmo ou differente facto delictuoso, ser reclamado por differentes Estados, estabelece que, sendo o facto o mesmo, tenha preferencia o pedido do paiz em cujo território a infracção foi commettida; se se tratar de factos diversos, seja preferido o pedido que verse sobre a infracção mais grave, e no caso de igual gravidade, que a preferencia caiba ao Estado que, em primeiro lugar, tiver solicitado a entrega. Nas duas ultimas hypotheses poderá ser estipulada a extradição para ulterior entrega aos outros requerentes (art. 7).

64. — Quanto á comprehensão objectiva da extradição, é principio assente que só podem fazer objecto desse instituto os factos delictuosos communs e graves, puniveis por ambos os Estados requerente e requerido, como sejam, entre outros, o homicidio consummado ou tentado, ferimentos e mutilações, attentados ao pudor, bigamia, rapto, incendio, roubo, estellionato, falsidade, bancarota, introdução de moeda falsa, suborno, peculato, concussão, etc. Esta nomenclatura varia em natureza e extensão, segundo os tratados e leis sobre extradição, sendo a tendencia para augmentar o numero de factos delictuosos, comprehensíveis do instituto.

Inconvenientes, porém, traz uma semelhante nomenclatura, já diante da disparidade da qualificação das infracções, já porque factos enumerados nos tratados podem desaparecer das leis penaes de um dos Estados contractantes, já porque além dos enumerados, outros podem ser erigidos á categoria de infracções da norma penal.

Se no caso de tratado, tem-se entendido que, além da enumeração nelles contida, outros podem ser tambem considerados nos pedidos de extradição, o mesmo não tem logar quando a enumeração.

é feita por lei especial, vedada sendo qualquer ampliação, mesmo por via de analogia (BONFILIS).

Nossa lei, mantendo o systema que adoptamos no tratado com o Chile, seguiu uma orientação diversa, a salvo dos inconvenientes notados, estabelecendo em vez de enumeração de infracções, um quantum de penalidade para base da extradição, só admissivel quando a infracção estiver imposta pela lei brasileira, pena de prisão por um anno ou mais, comprehendidas a tentativa, a co-autoria e a cumplicidade (art. 2, n. I).

De accordo com o que está assente na quasi unanimidade dos internacionalistas, com reflexo em tratados e leis, exclue da extradição os crimes politicos, conceituados, como devem ser, não segundo a antiga intuição do fim, mas pelo bem juridico lesado. Se bem que o nosso codigo penal não distinga claramente quaes os crimes que devam ser considerados politicos, essa distincção veio a ser firmada pelo Decr. n. 848, de 11 de outubro de 1890, art. 15, letr. i, que como politicos considera os crimes contra o organismo politico do Estado, comprehendido esse organismo em sua *materia*, isto é, a soberania sobre o territorio, e em sua *forma*, isto é, os orgams, pelos quaes se manifesta e exerce suas funcções (Cod. Penal, livro 2.º, tit. I, e seus capitulos, e tit. 2.º, cap. I).

Assim, da orbita dos crimes politicos se excluíram os que attentam contra o livre exercicio dos direitos individuaes, que segundo uma concepção mais ampla se comprehendem tambem naquelles. Quanto aos delictos relativamente politicos, complexos ou connexos, a lei, no art. 2, n. 1, inspirando-se na solução tomada pelo Instituto de Direito Internacional, na sua sessão de Genebra, em 1892, estabelece que o fim ou motivo politico não impedirá a extradição, quando o factó constituir principalmente uma infracção commum da lei penal, cabendo ao Supr. Trib. Federal, ao conhecer do pedido, apreciar em especie o character da infracção.

Outras limitações feitas pela lei á extensão objectiva da extradição se referem aos delictos puramente militares, contra a religião e de imprensa (art. 2, n. 5). Justifica essas limitações o character ou natureza especial das infracções notadas, de efeitos locais, sem reflexo apreciavel ou sensivel no convívio internacional. E' de notár, porém, que taes razões não occorrem sempre nos delictos de imprensa, porquanto nem sempre assumem a natureza politica, mas em grande numero de casos constituem delictos communs, e, assim, a sua exclusão da extradição, sem essa distincção, não se compadece com a razão juridica.

Nas limitações apontadas não se comprehende a deserção dos marinheiros, pois são sujeitos á extradição, attendendo-se assim a considerações de utilidade pratica, ao interesse da navegação, e dahi porque habitualmente nas convenções consulares e nos tratados de commercio e navegação, se regula expressamente o assumpto.

Outra limitação trazida pela lei, no seu art. 5, de accordo com o que tem sido assentado na pratica internacional, é de não ser permittido ao Estado requerente 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 mez. Ha no caso uma especie de ficção, em virtude da qual o extraditando se reputa ausente do territorio do Estado requerente para o que diz respeito a outras infracções commettidas antes do pedido de extradição. E' de notar que não ha violação do principio, se no decorrer da acção se modificar a qualificação do facto pelo qual a extradição foi conseguida, porquanto o procedimento que della promana tem seu titulo legal na prevenção e não na condemnação; por outra, o extraditando pôde ser julgado segundo o *facto* e não segundo a infracção que motiva a extradição (HAUS, GARRAUD).

65. — A extradição, por isso mesmo que põe em contacto dous Estados, é negocio internacional, que só pôde ser tratado por via diplomatica. Assim, só o poder executivo, poder activo, de acção e funcionamento continuo, e que representa a nação nas relações exteriores, é que pôde solicitá-la ou concedê-la.

Não ha, porém uniformidade no processo da extradição, por parte do Estado requerido, e diversos systemas têm sido adoptados. No systema francez, o processo é administrativo e secreto (Circulares ministeriaes de 12 de outubro de 1875, 6 de dezembro de 1876 e 15 de janeiro de 1886). Pelo systema inglez, o papel principal cabe ao poder judiciario, perante o qual é decidido, em juizo contradictorio, com recurso para a Côrte Superior, se o pedido de extradição deve ou não ser concedido (Lei de 9 de agosto de 1870). Pelo systema belga, adoptado pela nossa lei, o poder judiciario é associado ao poder executivo para o exame do pedido de extradição, mas ao ultimo cabe decidir a respeito (Lei belga, de 15 de março de 1874, Lei brasileira, arts. 8 a 10).

E' o melhor systema, porque concilia os interesses da defesa com o poder judiciario do Estado requerente, não viola as regras de competencia e não cercêa as attribuições da justiça estrangeira, como o faz o systema inglez.

Quanto aos dados justificativos do pedido da extradição, a lei brasileira adopta o systema intermedio entre o que exige apenas mandado de prisão ou acto equivalente (tratado entre a Belgica e a França, de 15 de agosto de 1874, art. 5, § 2), e o que exige a producção das peças de uma instrucção completa (systema peculiar á Inglaterra e aos Estados Unidos da America do Norte), por isso que, a exemplo do que tem sido adoptado em varios tratados, exige

documentos que haõilitem o ingresso do accusado em uma jurisdicção repressiva.

Nos termos do art. 8, é necessaria copia ou traslado authenticico da sentença de condemnação ou da sentença ou acto do processo criminal, emanado do juiz competente, peças essas que deverão conter a indicação precisa do facto incriminado, o logar e a data em que foi commettido e ser acompanhadas de copias dos textos da lei applicaveis á especie. Em casos urgentes, a prisão pôde ser effectuada preventivamente e mantida por 60 dias, dentro de cujo prazo, o Estado requerente apresentará ao requerido o pedido formal devidamente instruido (art. 9, § unico).

Consoante o disposto no art. 12 da lei foram denunciados os tratados de extradição então existentes (tratados com o Chile, Paraguay, Portugal, E. Unidos da America do Norte, Grã-Bretanha, Alemanha, Paizes Baixos, Hespanha, Belgica, Austrãia-Hungria e Italia), e o texto da lei communicado ás nações com as quaes o Brazil mantinha relações.

Informando isso, a mensagem dirigida pelo Presidente da Republica ao Congresso Nacional, em 1914, diz que “por aquella occasião, havendo varios governos manifestado desejo de celebrarem immediatamente com o nosso, novos tratados sobre esse particuar, baseado nas disposições de nossa lei, o Governo Brasileiro, accedendo a esses desejos, porque, embora a assignatura desse actos não seja hoje indispensavel para nós, em face da nova lei, pôde ser necessaria para outros paizes, em vista da respectiva legislação, fez preparar um projecto de Tratado de extradição, calcado naquellas disposições, que tambem foi distribuido entre todos os governos, para servir de norma aos que poderiam ser celebrado pelo Brazil com cada um dos outros Governos, uniformemente, para evitar que criminosos profugos transitem ou se asylem impunemente no territorio de cada uma das partes contractantes. Inteiramente de accordo com esse projecto, foi assignado, a 12 de agosto de 1913, um tratado de extradição com a Republica da Bolivia.”

66. — Entre nossos Estados federados e o Districto Federal existe um instituto a que se deu a denominação de extradição, planta exotica, diz JOÃO VIEIRA, transportada do terreno do direito publico externo para o direito publico interno.

Antecedentes encontramos nas confedrações germanicas (Leis de 21 de junho de 1869) e suissa, cuja Constituição, art. 67, estabelece que “a legislação federal estatue sobre a extradição dos accusados de um cantão a outro, mas a extradição não é obrigatoria para os delictos politicos e de imprensa.”

Adoptando, porém, o regimen federativo, erigidas as antigas provincias em Estados ou circumscripções autonomas, mas não soberanas, vedado lhes sendo celebrar entre si ajustes e convenções de

caracter politico, e ainda celebrar tratados com Estados estrangeiros, certo que entre elles não póde existir o instituto da extradicação, attento seu caracter politico, a sua effectividade por via diplomatica, sendo sua concessão ou denegação acto de soberania, e como tal inteiramente livre, ao Estado requerido cabendo como um direito, subordinado o seu exercicio tão sómente á razões de politica e de conveniencia.

As faculdades concedidas aos Estados da nossa federação, as relações entre elles estabelecidas não são, pois, compatíveis com o instituto da extradicação.

Assim, se a Const. Federal, art. 34, n. 32, estatue ser da competencia privativa do Congresso Nacional “regular os casos de extradicação entre os Estados”, e no art. 66, n. 4, “ser defeso a este denegar a extradicação de criminosos reclamados pelas justiças de outros Estados ou do Districto Federal, segundo as leis da União, por que esta materia se reger”, o instituto assim creado, muito embora a denominação, não póde ser assimilado de tōdo ao que vigora nas relações internacionaes. Procurando afastar as duvidas que o máo emprego do termo — extradicação, de accepção tecnica firmada, poderia trazer, a Lei n. 39, de 30 de janeiro de 1892, veio regular o caso das capturas e remessas de criminosos de uns para outros Estados federados e Districto Federal, determinando os casos em que poderia ter logar a requisição, qual o poder competente para fazel-a, o processo e efeitos decorrentes.

67. Como assumpto relacionado com o dispositivo do art. 5, temos ainda o referente á expulsão de estrangeiro criminosos ou perigosos á ordem publica. Se ao Estado incumbe, como dever primario, prover sobre a segurança das pessoas e coisas sujeitas á sua soberania, ha de ter necessariamente os meios coercitivos para esse fim, entre os quaes sobresahe como de efficacia prompta em se tratando de estrangeiro, a expulsão.

Justamente tem sido considerada a faculdade da expulsão como uma manifestação da soberania do Estado (PRINS, RANELLETI, CHANTRE, MONZANI), ou como deixou incisivamente estabelecido o Supr. Tribunal Federal, em o accordo de 30 de janeiro de 1907, “o direito de expulsar o estrangeiro é um attributo essencial da soberania; é um direito preexistente á admissão do estrangeiro no solo nacional”, e no accord. de 28 de julho de 1908, “Estado algum jámais se considerou como tendo renunciado ao direito de expulsar ou deportar o estrangeiro, por motivos graves, e entre estes sempre assim reconhecido, o interesse da segurança e tranquillidade publica.”

Nesse sentido ainda o Supr. Tribunal Federal, no accord. de 21 de junho de 1893, decidiu que “a faculdade de deportar o estrangeiro, cuja permanencia no paiz é prejudicial ou inconveniente, decorre immediatamente do direito de soberania nacional. Certo

que ao estrangeiro assiste o direito de permanecer no territorio do Estado, mas tal direito, reconhecido pelas differentes legislações, tem um limite, ou presuppõe uma condição — a de não se tornar elle incompativel com a ordem publica.

Nesse sentido se têm orientado as diversas legislações, umas confiando o direito de expulsão á discreção do poder executivo (Allemanha, Hespanha, Suecia, Noruega, Grecia, Portugal), outras regulando-o por lei, determinando as suas condições de exercicio (Belgica, Austria-Hungria, França, Dinamarca, Italia, Suissa). Em nosso paiz, sómente com a Lei n. 1.641, de 7 de janeiro de 1907, executada com as instrucções approvadas pelo Decr. n. 6.486, de 23 de maio do mesmo anno, é que a expulsão, como acto administrativo, foi regulada de modo particular; mas, nem por isso deixou de ser considerada como um attributo da soberania, um meio elementar de defesa, sem necessidade de reconhecimento expresso por lei, e differentes actos legaes se referiam á expulsão, especialmente a Lei n. 2.615, de 4 de agosto de 1875, que a contemplava em determinados casos.

68. — A citada Lei n. 1.641, de 7 de janeiro de 1907, firmou o direito de expulsão em bem da segurança nacional ou tranquillidade publica (art. 1.º), ou em casos criminaes ou contravencionaes determinados (art. 2.º).

No art. 3 limita o direito de expulsão, estabelecendo que :

“Não pôde ser expulso o estrangeiro que residir no territorio da Republica por annos continuos, ou por menos tempo, quando : a) casado com brasileira; b) viuvo, com filho brasileiro.” Veio depois o Decr. legislativo n. 2.641, de 8 de janeiro de 1913, que, no intuito de assegurar devidamente a ordem publica, supprimiu o limite de residencia a que se referia a lei anterior, revogando os seus arts. 3 e 4, §§ unico e 8.º. Variando, então, de jurisprudencia, o Supr. Trib. Federal reputou inconstitucionaes as disposições sobre expulsão, sob fundamento de que a Const. Federal, art. 72 assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade. Assim, provando o estrangeiro a residencia, não pôde ser expulso, muito embora se torne elemento prejudicial á segurança nacional e tranquillidade publica.

Mas semelhante jurisprudencia não pôde vingar, pois, além de desconhecer principios assentes, proclamados pelo proprio Tribunal, torna periclitantes os interesses sociaes de segurança publica.

Não se concebe, observa muito bem AURELINO LEAL, que um paiz, ao se organizar politicamente, e ao se dar as leis por que se teria de reger. abrisse mão de direitos basilares de sua defesa e de sua segurança, a menos que o fizesse expressamente. Entre esses

direitos está o de expulsão de estrangeiros perigosos, quando necessaria á ordem interna.

Especie de *direito natural* dos Estados, elle não precisa existir escripto nas leis para poder ser praticado.

E' uma arma de defesa rudimentar, como o braço é arma do homem... E' claro que um Estado no delimitar a sua competencia, se póde privar do direito de expulsão; preciso, porém, é que as suas leis o privem desse direito.

Sem prohibição expressa, portanto, elle existe *por força das proprias necessidades da ordem e coexistencia nacionaes*.

Depois, o argumento da palavra — *residentes* — empregado no art. 72 da Constituição não parece decisivo.

Esta residencia já era presuppuesta pela Lei de 1907, quando admittia a expulsão do estrangeiro *residente* por menos de dois annos, e sobre sua inconstitucionalidade nada se articulou.

Dahi a conclusão de que as garantias constitucionaes existem em favor de estrangeiros aqui residentes, *mas emquanto residirem*, como accentuou o accordam de 30 de janeiro de 1907.

Emquanto não se tornarem perigosos á ordem publica, elles gozam dos direitos assegurados pela lei constitucional, em caso contrario, o direito de expulsão, que a propria jurisprudencia do Sup. Tribunal julgou *invariavelmente* um attributo da soberania, póde ser praticado contra elles, por ser *preexistente* aos direitos creados pela residencia.

Por outras palavras: o estrangeiro que vae residir em um paiz — salvo legislação interna em contrario — sabe que a sua incorporação á massa dos nacionaes é susceptivel de romper-se por via de expulsão, se elle se mostrar nocivo á segurança nacional. Não ha, pois, nenhuma surpresa na desagregação do estrangeiro do bloco dos nacionaes de um paiz, por que *a sua residencia é um direito contingente*, amparado por todas as garantias emquanto existe, mas susceptivel de desapparecer pela rebeldia do seu titular á ordem interna, pela sua nocividade á paz commum.

Nem se argumente que o direito de expulsão, posto neste termos, é susceptivel de tornar-se uma machina arbitraria ás mãos do governo. Em primeiro lugar, o Congresso Nacional póde, se quizer, regular os casos de expulsão mais ou melhor do que já o fez em 1907 e em 1913.

Depois, mesmo no estado actual, não ha a recear perigos.

De um lado, um Ministro de Estado não expulsará um estrangeiro sem motivo plausivel. O estrangeiro expulso tem o direito de defender-se, contar com a intervenção da autoridade de seu paiz. De outro lado, ha o recurso do *habeas-corpus* e a possivel responsabilidade da autoridade que se conduzir fóra do fim da lei, que é afastar da communhão brasileira os máos elementos:

O accordam de 21 de junho de 1893, alludiu a essa responsabilidade, o mesmo fazendo o de 30 de janeiro de 1907.

A jurisprudencia firmada, além de ter contra si razões juridicas, não consulta os interesses da ordem publica.

E' preciso, observa ainda o citado jurista, não nos iludirmos: os nossos habitos, o nosso excessivo espirito de tolerancia, a nossa bondade natural, e, talvez, mesmo, o nosso descaso por certas coisas gravissimas, estão reduzindo o Brazil a uma especie de cano de exgotto dos detricos de outros paizes.

Extrangeiros honestos, validos, trabalhadores, que ños dêm a sua actividade em troca de vantagens economicas auferidas em nosso paiz, esse queremos nós e devemos bemdizel-os ; mas, espiritos irrequietos, indisciplinados, expulsos dos seus paizes pela sua inadapabilidade á ordem commum, anarchistas, vagabundos, desordeiros, caftens, a esses devemos expulsar das terras brasileiras."

E' uma argumentação vigorosa e de inteira procedencia juridica. Felizmente, por arestos recentes, o Supr. Trib. Federal variou de jurisprudencia (n.º 69, X).

Disciplina actualmente o assumpto o Decr. n. 4.247, de 6 de janeiro de 1927, vindo a reforma da Constituição, art. 72, § 33, ampliar a acção do governo, permittindo-lhe a expulsão dos estrangeiros perigosos á ordem publica ou nocivos aos interesses da Republica.

## 69. — Jurisprudencia brasileira.

I. Estão virtualmente comprehendidos na disposição do art. 5.º do Cod. Penal os crimes de responsabilidade, quando commettidos fóra do paiz, porquanto sómente como taes são crimes e sómente podem ser punidos, á vista do mesmo código, e não em face do código estrangeiro territorial, que os não qualifica e reprime, qualificando e reprimindo unicamente os perpetrados pelos respectivos nacionaes em funções recebidas de seu governo. Tanto mais assim se deve entender, quanto aos crimes de responsabilidade (além dos (communs) praticados pelos representantes diplomaticos do Brazil, porque gozando das immundades de que o direito internacional arma os agentes diplomaticos, elles (bem como o pessoal de suas legações e mais dependentes) não estão sujeitos á jurisdicção criminal do paiz, junto a cujo governo se acham acreditados, e respondem por todos os delictos perante as justizas nacionaes (*Accordam do Supremo Tribunal Federal*, de 28 de junho de 1899).

II. O legislador brasileiro, quando entendeu necessaria a formalidades da legislação para os documentos passados em paizes estrangeiros, a exigiu de modo expresso (letr. d do art. 263, P. III, do Decr. n. 3.084, de 1898, art. 140 do Reg. n. 737 de 1850).

O Decr. n. 2.416, de 1911, que regula a extradição, não menciona como formalidade necessaria aos documentos, que instruem o pedido, a legalisação, isto é, a prova de sua *authenticidade*, que assim se deve presumir desde que contra ella nada se allegue com razões fundadas, mórmente attendendo-se a que vem ella attestada pelo representante da nação requerente acreditado junto ao nosso Governo, e, nestas condições a jurisprudencia até hoje seguida pelo Tribunal é de excessivo e excusado rigor, devendo ser alterada (*Accord. do Supr. Tribunal Federal*, de 30 de maio de 1914).

E accordams anteriores, o mesmo Tribunal tinha decidido ser “formalidade substancial para a concessão da extradição do criminoso, ainda que o pedido seja feito por via diplomatica e se achem satisfeitos os outros requisitos da lei, a *authenticidade* do documento de origem estrangeira, que se faz certo pelo reconhecimento do respectivo representante diplomatico, das assignaturas que o subscrevem e da qualidade dos que nelle intervem.

A lei n. 2.416, de 1911, permite, no art. 10, á defesa do extradictando — “a arguição de defeitos de forma dos documentos apresentados”, e entre elles não pôde deixar de estar a falta da formalidade que torna *authentic* o documento em que se pede a extradição (*Accords. de 29 de janeiro, de 7 de maio, de 28 de junho e 17 de dezembro de 1913*).

No penultimo destes accordãos, dando as razões de seu voto divergente, no tocante á exigencia da legalisação, assim se externou o ministro PEDRO LESSA: “Não é licito confundir *authenticidade* com *legalisação*, e muito menos com a *visação* de documentos. Desde o velho DALLOZ até os mais recentes manuaes de direito consular, sempre se tem distinguido a *authenticidade* da *legalisação*. Com effeito, a *authenticidade* (define o *Repertoire*, verb. *authenticité*) é “o character do que faz fé por si mesmo. Acto *authentic* ou acto publico, explica melhor F. RICCI (*Delle prove*, p. 120), e o lavrado com as necessarias formalidades por um notario ou outro official publico autorizado, no logar onde se realisa o acto, a attribuir-lhe fé publica.” *Legalisação*, doutrina DALLOZ (verb. *légalisation*) é a attestação da verdade das assignaturas appostas a um acto, e da qualidade dos que o lavram, quando a legalisação é prescripta, e se conhece a assignatura cuja *authenticidade* deve ser attestada. “Quando a regularidade e a sinceridade do documento parecem evidentes pela opposição de sinetes e de sellos, de cuja *authenticidade* não ha motivo para receiar, sendo, entretanto, desconhecida a assignatura do funcionario, que expediu o documento, basta *visar*, pôr simplesmente o visto.” E em o art. 404: “A legalisação de um acto não lhe constitue a *authenticidade*; prova-a unicamente.” Em a nota 98 do art. 406 da *Consolidação*, refere-se TEIXEIRA DE FREITAS á necessidade de se legalisarem os actos passados em paizes estrangeiros, sejam instrumentos, documentos ou

quaesquer outros papeis, accrescentando que a providencia contida no art. 151 do Reg. das Alfandegas, de 22 de junho de 1836, foi substituida pela do Reg. de 19 de setembro de 1860, de sorte que, na falta de Consul brasileiro, não são legalizados os documentos por dois negociantes brasileiros do paiz, mas pela autoridade local, cuja assignatura é depois reconhecida no Brazil pelo respectivo consul estrangeiro. O que se lê no art. 8 da nossa lei recente sobre extradicação é que o pedido deve ser acompanhado de copia ou translado *authentic*. “Copia ou translado *authentic*, eis as palavras da lei. Não ha a mais vaga referencia á *legalisação*. Não podemos admittir, por um só momento, que o legislador de tal modo confunda estas duas coisas distinctas — *authenticidade* e *legalisação* — que use de um termo em logar de outro. Exigindo a *authenticidade* e não *legalisação*, procedeu o legislador patrio de accordo com a tradição nacional no celebrar tratados com as nações estrangeiras, e, o que é muito mais justificativo de seus actos, de accordo com a doutrina dos mais competentes e autorisados mestres do direito internacional. Vejam-se em ARTHUR BRIGGS, *Extradición*, de pags. 265 em diante, os diversos tratados que tinhamos até ha pouco vigentes, e que foram denunciados por força do art. 12 da Lei de 1911. Nos tratados com a Alemanha, de 1877, art. 9, com a Austria-Hungria, de 1883, art. 4, com a Belgica, de 1873, art. 5, com a Inglaterra, de 1872, art. 9, com a Hespanha, de 1872, art. 4, com a Italia, de 1872, art. 4, com a Hollanda de 1894, art. 8 e com Portugal, não se exige absolutamente a *legalisação*; apenas se estatue a *authenticidade dos tratados*. Em dois unicos desses tratados, até ha pouco vigentes, se considerava necessaria a *legalisação*: no tratado com o Chile e no com os E. Unidos da America do Norte. No seu excellent *Traité de l'extradition*, n. 531, dá-nos L. BEAUCHET a razão dessa exigencia dos Estados Unidos da America do Norte.

Era a existencia de uma lei norte-americana, a de 22 de junho de 1860, que prescrevia um complicado processo para a extradicação, processo que foi simplificado pela Lei de 19 de junho de 1876. Em todo caso, o que preceituava em questão, era que só fossem admittidos os documentos *legalizados pelo agente diplomático norte americano no paiz requerente*, clausula que a nossa lei não encerra. Essa exigencia dos Estados Unidos da America do Norte é considerada uma endruxula singularidade. A regra do Direito Internacional; que, como é sabido tem suas fontes nos usos e costumes e nos tratados (DESPAGNET, *Droit International Public*, n. 55, 4.<sup>a</sup> ed.), é a que nos dá noticia BEAUCHET, na obra citada, n. 528:

“*Les autorités du pays requis n'ont point, du reste, a verifier si, d'après la loi du pays requerant, les actes produits sont réguliers. On admit généralement, en effet, que la transmission de*

*actes par la voie diplomatique en garantit suffisamment la régularité et l'authenticité."*

Eis a regra observada no Direito Internacional acerca deste ponto, a norma jurídica formada pelos tratados e pelos usos e costumes, hoje um preceito consuetudinario que rege as relações dos países mais cultos. Em o n. 529 allude BEAUCHET á legalisação, exigida excepcionalmente por algumas nações como os Estados Unidos da America do Norte; mas, atalha immediatamente, invocando a autoridade de um outro mestre destas materias: "*Toutefois comme observe M. BITTOT, "cette législation n'ajoute pas beaucoup aux garanties qui entourent les demandes d'extradition. Les magistrats du pays requis ne sont pas tenus de connaître les règles de procédure usités dans le pays requérant, ils ne peuvent vérifier par eux mêmes la régularité des pièces produites. Qu'importe dès lors, qu'à la signature du magistrat, qui a dressé ces pièces, vienne s'ajouter la signature du ministre de la justice de l'État réquerent? Ne suffit pas que ces documents soient transmis par la voie diplomatique pour que le gouvernement requérant atteste implicitement qu'ils sont régulières?"* No art. 8 da lei brasileira nada fez o legislador do que reproduzir a clausula geralmente inserida nos tratados e nas leis acerca dos documentos que acompanham o pedido de extradição: "*La clause est ordinairement la suivante: "Les actes ci dessus indiqués seront délivrés en original ou expédition authentique, dans la forme prescrite par la législation que réclame l'extradition". La règle locus regit actum est également consacrée par les lois d'extradition de plusieurs pays* (BEAUCHET, obr. citada, n. 527).

Sendo a regra exigir-se exclusivamente a *authenticidade* e não a *legalisação* ou a *visação*, e tendo-se raras vezes apenas, só por *excepção*, ordenado a *legalisação* dos documentos *authenticos*, está mais do que claro que, prescrevendo a nossa lei a exhibição de documentos *authenticos*, e, não fazendo a mais vaga allusão a *legalisação* desses documentos *authenticos*, não pôde o Tribunal fazer questão de uma formalidade que a lei, seguindo a regra geral, e portanto, revelando que não adoptou a *excepção*, não declarou necessaria. A regra de Direito Internacional, reproduzida por BEAUCHET, nos ns. 527 e 529 de seu *Tratado de extradição*, em virtude da qual não se exige a *legalisação*, mas unicamente a *authenticidade* nos documentos apresentados para a extradição, regra que tem seu fundamento no facto de serem taes documentos remettidos por via diplomatica, o que constitue sufficiente garantia de que não têm assignaturas ou peças falsificadas, nada tem que ver, como já se suppoz, com a cortezia internacional, com a *comitas genitum*, como facilmente se pôde verificar, vendo a noção de cortezia internacional de DESPAGNET, *Cours de Droit International Public*, n. 50, letr e,

4.<sup>a</sup> edic., e em BONFILS, *Manuel de Droit International Public*, ns. 38 e 39, 3.<sup>a</sup> edic.

A remessa dos documentos por via diplomatica é evidente e inquestionavelmente muito mais efficaz garantia da verdade das assignaturas e da qualidade dos que lavraram, ou expediram, os documentos, do que um simples reconhecimento de firma, ou um visto, lançado por um agente diplomatico, ou consular, que frequentissimamente não conhece a firma que reconheceu.

Sendo assim, o argumento consistente em afirmar que, sendo exigida a legalisação dos documentos de ordem civil ou commercial, apresentados pelos particulares, por mais forte razão deve ser exigida a legalisação dos documentos de ordem publica, exhibidos pelos agentes diplomaticos, que em nome dos seus governos fazem um pedido formal de extradição, equivale a sustentar que, reputando-se necessaria a legalisação nos documentos apresentados pelos particulares, pelo natural receio de que estes falsifiquem taes documentos em seu proveito, por mais forte razão se deve exigir sejam legalisados os documentos de ordem publica, transmittidos por via diplomatica, e quando não ha motivo para receiar a falsificação !

III. — O prazo de vinte dias para a remessa do extradictando para o paiz reclamante, conta-se da communicação ao respectivo agente diplomatico de que a extradição foi concedida e o extradictando se acha á sua disposição (*Accord. do Supr. Tribunal Federal*, de 24 de agosto de 1812).

IV. — A lei autorisa a detenção até 60 dias como media preventiva para futura extradição. Sómente depois de excedido esse prazo poderá ser impetrado e concedido o *habeas-corpus*, se não for instruido regularmente o pedido de extradição (*Accord. do Supr. Tribunal Federal*, de 21 de maio de 1913 e 2 de junho de 1915).

V. — Sem que o governo requerente se comprometta a commutar a pena de morte, se nella fôr condemnado o extradictando, não poderá ser concedida a extradição, nos termos do art. 4 da Lei n. 2.416, de 28 de junho de 1911 (*Accord. do Supr. Trib. Federal*, de 6 de dezembro de 1913).

VI. — O *habeas-corpus* não é meio regular para se conhecer da defesa do extradictando, quando a requisição do Governo requerente ja se acha na Secretaria do Tribunal, com diligencia determinada para o julgamento da extradição. No processo desta, com mais amplos esclarecimentos, o Tribunal aperciará a defesa do extradictando, nos termos da lei que rege o caso (*Accord. do Supr. Trib. Federal*, em 22 de janeiro de 1913).

VII. — E' illegal e autorisa a concessão de *habeas-corpus* a prisão de extradictando que é pedida sem ser por via diplomatica, de governo a governo (*Accords. do Supr. Tribunal Federal*, de 2 de outubro de 1913, e de 19 de dezembro de 1917).

VIII. — A extradição de criminosos, de Estado a Estado federado, se verifica nos casos definidos no art. 1, n. 6, da Lei n. 39, de 30 de janeiro de 1892, mediante requisição da autoridade competente para decretar a prisão ou expedir o respectivo mandado, e por intermedio do Presidente ou Governador do Estado ao Ministro da Justiça, no Districto Federal, ou ao Chefe do Poder Executivo do Estado em que se achar refugiado o extradictando (art. 1.º, n. IV e n. I), admittindo-se o pedido directo entre aquellas autoridades e, portanto, dispensando-se a intervenção do representante do Governo Federal ou local, sómente nos casos que não admittam demora e nos municipios confiantes de Estado diversos (art. 1, n. 1, § unico), sendo tambem permittido requisitar, por telegramma, a detenção ou prisão provisoria do delinquente até a exhibição dos documentos justificativos do pedido e da remessa do preso para o Estado requerente (art. 1, n. 7). E' illegal a detenção provisoria, quando reclamada directamente pelo Chefe de Policia de um Estado ao Chefe de Policia do Districto Federal, e quando não foram apresentadas, para legalisar a prisão provisoria e autorisar a extradição, os documentos indicados no art. 1.º, n. 7, da lei, tendo decorrido tempo sufficiente para o cumprimento dessa formalidade (*Accord. do Supr. Tribunal Federal*, de 6 de setembro de 1913).

Por accordam de 16 de setembro de 1914, decidiu que o governo do Estado, que requisita a entrega do criminoso, deve fazer acompanhar o pedido dos documentos exigidos pela lei, e não podendo satisfazer tal exigencia, concede-se *habeas-corpus* ao detento, e por accordam, de 4 de novembro do mesmo anno, que admittida, em caso de urgencia, a prisão provisoria, mediante requisição telegraphica, esta deve ser precedida de um acto de autoridade competente para decretar a prisão ou expedir o respectivo mandado..

IX. — No art. 72 a Constituição Federal assegura a brasileiros e estrangeiros *residentes* no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á *liberdade* e á *segurança individual*, bem como a propriedade nos termos constantes de varios paragraphos do mesmo artigo. Pelo citado artigo, uma irrecusavel discriminação ficou estabeuida entre os estrangeiros *residentes no Brasil* e os *não residentes*.

Desenvolvendo o pensamento contido nessa disposição constitucional, o legislador ordinario elaborou e promulgou a Lei n. 1.641, de 7 de janeiro de 1907, a qual fixou o prazo da residencia a que se refere o legislador constituinte no art. 72, declarando que não

póde ser expulso o estrangeiro que residir no territorio da Republica por dois annos continuos.

Mais tarde, o Decr. n. 2.741, de 8 de janeiro de 1913, revogou a citada disposição da Lei de 7 de janeiro de 1907.

Segue-se do que fica exposto, que a *residencia* do art. 72 da Constituição não se caracteriza actualmente pela estada do estrangeiro no paiz por dois annos continuos; mas, não se conclue, nem se poderia em caso algum concluir, da revogação do art. 3.º da Lei de 7 de janeiro de 1907, que o Decr. de 8 de junho de 1913 tenha abolido a distincção constitucional entre estrangeiros *residentes* e estrangeiros *não residentes*. O que decorre da revogação do art. 3.º da Lei de 1907, que determinava o prazo da residencia para os effeitos da equiparação do estrangeiro ao brasileiro, nos termos do art. 72 da Constituição, é que a *residencia* deve ser entendida de accordo com os principios e theorias do direito. De accordo com a tradição do nosso direito, “residencia ou habitação é o logar em que alguém se acha habitualmente, ainda que sem tenção de nelle permanecer sempre (C. DE CARVALHO, *Nova Consolidação*, art. 133).

Não differe no fundo este conceito da *residencia* do que nos offerece PLANIOL: “*La résidence est l'endroit ou une personne fixe pour un temps son habitation... Tout endroit ou la personne séjourne d'une manière un peu prolongée devient pour elle une résidence, alors même que son domicile resterait fixé dans un autre endroit (Traité élémentaire de droit civil, tom. 1.º, n. 631, edic. de 1900).*”

Tambem não diversifica do que nos depara em LOMONOCO :

“*La residenza é nel luogo in cui la persona a la dimora abituale (Istituzioni di diritto civile italiano, vol. I, p. 197, edic. de 1894).* Tal é a noção de *residencia* adoptada no direito patrio, que não acceita neste ponto a doutrina de LEIGENTHAL (*Manuale del diritto civile francese, vol. I, § 380, exp. de Crome, tratado de BONASSI*) e outros civilistas contemporaneos.

Isto posto, os estrangeiros *residentes* no paiz, no que diz respeito á “inviolabilidade dos direitos concernentes á *liberdade* e á *segurança individual* (expressões do legislador constituinte brasileiro no art. 72), estão evidenté e indubitavelmente equiparados aos nacionaes. Importa muito não esquecer os termos desta disposição constitucional que na integra é a seguinte: “A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no paiz a individualidade dos direitos concernentes á *liberdade*, á *segurança individual* e á *propriedade*, nos termos seguintes”. Seguem-se os diversos paragrafos, entre os quaes se lêem os relativos á *liberdade*, á *segurança individual* e á *propriedade*, applicaveis igualmente aos brasileiros e aos estrangeiros *residentes no paiz* não podendo estes ultimos exercer direitos de natureza politica. Basta a equiparação do ex-

trangeiro aqui *residente* ao brasileiro, no que diz respeito aos §§ 13, 14, 15 e 16 do art. 72 da Constituição, para se tornar impossível a expulsão do estrangeiro residente, expulsão que é uma medida violenta, incompatível com essas garantias constitucionaes, pois é uma *violencia administrativa* (arts. 5 e 7 da Lei n. 1.641, de janeiro de 1907), *que presuppõe exactamente a não observancia dos §§ 13, 14, 15 e 16 do art. 72 citado.*

No actual estado do direito patrio dividem-se os individuos existentes no Brazil em cidadãos brasileiros, estrangeiros *residentes* e estrangeiros *não residentes* (Veja-se LOMONOCO — obr. cit., vol. 1.º, p. 198, que depois de nos dar o conceito do *domicilio* e da *residencia*, mostra o que é a *dímora*, entre nós a *estada*, que tem um character transitorio, provisorio ou passageiro). Estes ultimos, os estrangeiros não residentes não podendo invocar as mesmas garantias constitucionaes que os estrangeiros residentes, têm os seus direitos garantidos pelo direito internacional (DESPAGNET, *Cours de Droit Intern. Public*, n. 344, edic. de 1910 e A ROLIN, *Princ. de Droit Interr. Privé*, tom, 1.º, intr. n. IX, edic. de 1897), o que não exclue o gozo de um sem numero de direitos.

Mas, entre estes não estão os direitos reservados aos brasileiros e estrangeiros *residentes*, e consequentemente nenhuma razão jurídica obsta a expulsão dos estrangeiros não residentes, expulsão que é uma providencia consagrada pela legislação das nações mais cultas (A. MARTINI, *L'expulsion des étrangers, étude de droit comparé*, ps. 12 a 16 e 42 a 53).

Assegurando sómente aos estrangeiros *residentes no paiz* os mesmos direitos de liberdade e segurança individual que garante aos brasileiros, a Constituição, está claro, não veda que o Governo impeça, sempre que julgar conveniente, o ingresso no paiz de estrangeiros que repete perniciosos. Taes estrangeiros não são *residentes*, e, portanto, nenhuma garantia constitucional, peculiar aos brasileiros e estrangeiros *residentes*, podem invocar em seu favor, a não serem as que o direito internacional lhes confere (*Accordam do Supr. Tribunal Federal*, de 19 de agosto de 1914 e de 14 de abril de 1915). Vide n. 67.

X. — No seguinte acordam, de que foi relator o ministro EDMUNDO MUNIZ BARRETO, a questão da expulsão de estrangeiros foi encarada diversamente, mais consentaneamente com a razão jurídica e a nossa Constituição.

“E’ principio assente, em Direito Internacional Publico, que o Estado tem a faculdade, attributo da soberania, de expulsar do seu territorio, ou de não permittir que nelle pene’re, estrangeiros nocivos á segurança social ou á ordem publica.

E’ um direito de conservação e de defesa, inherente á organiza-

ção do Estado; não depende de lei que o reconheça, e, para sua effecividade, como providencia administrativa da alta policia, basta que a lei não prohiba o seu exercicio.

Os Estados têm posto em pratica esse direito soberano, sempre que a tranquillidade publica o tem reclamado, existam ou não normas reguladoras do modo de exercel-o.

O Brazil, ao tempo do Imperio, assim o comprehendeu. Mais de uma vez applicou tão util remedio, apesar de não haver lei definindo ou regulamentando o direito de expulsão. E ao se reorganizar politicamente como Republica Federativa, se não despojou desse poder, com razão preconizado pelos internacionaiistas como de immediata efficacia, preventivo de graves males para a sociedade.

Declarando que “a Constituição assegura a *brazileiros e estrangeiros residentes no paiz* a inviolabilidade dos direitos concernentes a liberdade, á segurança individual e á propriedade”, o preambulo do art. 72 accrescenta que nos seus paragraphos estão definidas e especificadas essas garantias; mas do espirito da Constituição da Republica, harmonico com os principios do direito internacional, resulta que as se não rererem exclusivamente a nacionaes, subsistem, em sua quasi totalidade, *ainda que não concorra a condição da residencia propriamente dita*. Seria irrogar injúria á nossa civilização e desconhecer os elevados intuitos do nosso regimen politico, exigir esse requisito para a concessão de garantias indispensaveis ao individuo humano que aponta a um paiz culto e democratico por excellencia, onde os preceitos das leis de direito privado e de direito criminal amparam a quantos estão sob a acção da soberania territorial. E’ assim que, exemplificando: ao estrangeiro que estiver no Brazil simplesmente em transito, ou sem animo de fazer residencia, aproveita o principio constitucional — que “ninguem póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, sinão em virtude de lei” (§ 1.º); elle tem a liberdade de “manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura” (§ 2.º); não póde ser preso, á excepção do flagrante delicto, “sinão depois da pronuncia, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escripta da autoridade competente” (§ 13), “nem conservado em prisão sem culpa formada, salvo as excepções especificadas da lei, nem levado á prisão ou nella detido, si prestar fiança idonea nos casos em que a lei o permittir (§ 14); “não será sentenciado, sinão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior, e na forma por ella regulada (§ 15); “encontrará assegurada na lei a mais ampla defesa” (§ 16); seu “direito de propriedade mantem-se em a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade publica, mediante indemnização prévia” (§ 17); caso venha a soffrer pena, esta “não passará da pessoa do delinquente” (§ 19); nenhuma lei ordinaria poderá impor-lhe a pena de galés (§ 20), nem a de morte, “reservadas as disposições da legislação militar em

tempo de guerra” (§ 21); póde pedir “habeas-corpus”, ou alguém por elle, sempre que “soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia, ou coacção, por illegalidade, ou abuso de poder” (§ 22).

O que não está assegurado ao estrangeiro, nos paragraphos do art. 72 da Constituição, nem em nenhuma outra disposição constitucional, é o direito de entrar no Brazil, de residir nelle, ou de ahí permanecer, quando motivo grave, que entenda com a defesa do Estado, a tranquillidade social ou a ordem publica, e devidamente verificado, exija o seu não desembarque ou a sua retirada do nosso territorio. A menos que a lei diga o contrario, o tempo de residencia, por maior que elle seja, não é obstaculo ao uso do direito de expulsão.

Por isso que o estrangeiro não é parte componente da Nação Brasileira, mas um extranho, a quem cumpre não pagar com o mal a ampla hospitalidade e a tutela juridica que lhe concedemos, a sua entrada e a sua permanencia em nosso territorio estão subordinadas a condição de não nos ser elle prejudicial.

A Constituição declara aos estrangeiros que aquelles que se transferirem para o Brazil, ou nelle já estiverem, podem, com inteira confiança, cooperar no trabalho dos nacionaes, empregando a actividade moralizada e ordeira, firmar domicilio, collocar seus capitaes e adquirir bens, porque aqui não é necessario ser nacional para fruir as maiores garantias, viver á sombra das nossas leis liberaes. Não lhes diz, porém, que permittirá sua estadia em nosso territorio, ainda quando elles se constituam um perigo para a sociedade. A residencia lhes poderá ser prohibida ou casada, si para isso houver motivo justo.

*Respeito aos nacionaes outra é a situação, porque a lei fundamental da Republica lhes reconhece terminantemente e lhes assegura o direito de residir no paiz, quaesquer que sejam as transgressões que commettam e por mais accentuada que se manifeste a sua temibilidade.* Seus actos offensivos á ordem juridica estão sujeitos á lei repressiva applicada pelos tribunaes judiciaes, que em nenhum caso poderão impôr aos cidadãos brasileiros a pena de expulsão (cit. art. 72, § 20). Medidas administrativas extraordinarias de alta policia só cabem, contra elles, durante o estado de sitio; mas, mesmo ahí a interdicção de territorio é *parcial*, a providencia repressiva vem a ser o desterro para outros sitios do terroitio nacional (Const., art. 80 § 2.º).

No antigo regimen, pelo art. 7.º, n. III, da Constituição do Imperio, o *banimento por sentença* era um dos casos de perda dos direitos de cidadão brasileiro. Esse caso foi mantido no projecto de Constituição elaborado pela commissão do Governo Provisorio e no projecto publicado pelo Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890. Por sua vez, o Codigo Penal desse anno reproduziu, no art. 46, o

art. 50 do Código de 1830, segundo o qual a pena de *banimento* privava sempre os réos dos direitos de cidadão brasileiro e os inibia de habitar o território nacional.

O Congresso Constituinte, porém, dispoz de modo diferente, aprovando a emenda da comissão especial dos 21, que abolia a pena de *banimento* judicial, e veio a formar a 2.<sup>a</sup> parte do § 20 do art. 72, sendo assim também eliminado aquelle caso de perda dos direitos de cidadão brasileiro. O legislador inspirou-se no principio *de ser contraria ao sentimento de nacionalidade a interdição do territorio patrio, pena politica inefficaz e proscripta das legislações modernas*.

Nesse paragrapho, ou em seguida, o legislador constituinte teria vedado a expulsão ou deportação do estrangeiro residente, si o pensamento fosse estabelecer, neste particular, igualdade entre aquelle e os nacionaes. Não o fez e com sabedoria, continuando a subsistir o principio universal acceito — *que o cidadão sómente pôde ser expulso do territorio da sua patria quando a lei expressamente o permite, quer como medida extraordinaria de governo durante o estado de sitio, ou em situação analogia, quer em virtude de sentença judicial, enquanto que ao estrangeiro é garantida a permanencia no territorio que elle habita, sómente se a lei prohibe o exercicio do direito de expulsão inscripto na organização do Estado*.

No tocante aos estrangeiros, ainda que residentes, continua em vigor a disposição do art. 400, paragrapho unico, do Código Penal, e a do art. 9.<sup>o</sup> da Lei n. 947, de 29 de dezembro de 1902, segundo as quaes, havendo reincidencia nas contravenções ahí previstas, os infractores serão deportados, *si não forem brasileiros natos ou naturalizados*. Esta providencia salutar foi mais de uma vez trazida ao conhecimetro do Snpremo Tribunal Federal, em caso concretos, e elle nunca a considerou inconstitucional.

Um dos mais autorizados commentadores da nossa Constituição, que fez parte do Congresso Constituinte e teve assento neste Tribunal, observa judiciosamente que “as garantias promettidas pela Constituição da Republica aos direitos individuaes dos estrangeiros não são tão extensas que venham a prejudicar o Estado que as conceda. A taes garantias corresponde no estrangeiro o dever de respeitar a lei e as autoridades do raiz. Não é por direito proprio que o estrangeiro habita o paiz em que se hospeda, mas por concessão, por interesse ou por tolerancia deste. Si acaso se torna elemento perturbador da ordem e da estabilidade das instituições, direito é do Estado, ao qual assim tão mal paga a hospitalidade, lançal-o fóra das suas fronteiras. Não ha fundamento para admittir-se que a nossa Constituição, para ser favoravel aos estrangeiros, se tenha desarmado de um remedio prompto e efficaz de desembaraçar-se dos que lhe são nocivos, direito de que fazem uso todos os governos.

Ella garante o estrangeiro, é exacto; *mas em primeiro logar,*

*garante-se a si, ao Estado, á sociedade, ao povo brasileiro* (JOÃO BARBALHO. “*Commentarios á Constituição Federal*”, pag. 300).

Em face da Constituição, a igualdade civil entre estrangeiros residentes e nacionaes não é completa: e a desigualdade não consiste apenas em que aquelles estão sujeitos a ser expulsos do territorio, por acto administrativo ou em virtude de sentença judicial, e estes nunca: — *no artigo 13, paragrapho unico, nossa lei fundamental prohibe que a navegação de cabotagem seja feita por navios estrangeiros.* Outras desigualdades constam de leis ordinarias, que não collidem com as garantias constitucionaes.

Não convinha que ficasse sem regulamentação materia de tanta relevancia; e d’ahi o Dec. legislativo n. 1.641, de 27 de janeiro de 1907, e as Instrucções de 23 de Maio do mesmo anno, dispondo sobre os casos, o processo e o modo de expulsão dos estrangeiros decreto e instrucções modificadas pelo de n. 2.471, de 8 de janeiro de 1913, que revogou os arts. 3, § unico e 8.º daquelle.

Tendo o estrangeiro direito de recorrer ao Poder Judiciario por meio de *habeas-corpus*, qualquer abuso porventura praticado com o acto de expulsão será immediatamente corrigido. E assim nosso systema satisfaz a condição exigida por internacionalistas notaveis — de reservar-se ao expulso o direito de provocar a intervenção do Poder Judiciario, que decidirá se effectivamente na especie occorre algum dos casos marcados na lei (FIORE, *O Direito Internacional Codificado*, art. 234).

Como dispõe o art. 1.º do citado Dec. de 1907, a primeira das causas de expulsão é *comprometter o estrangeiro, por qualquer motivo, a segurança nacional ou a tranquillidade publica.*

II. Entre os estrangeiros comprehendidos na disposição desse artigo, occupam sem duvida o primeiro plano os *inimigos da organização social, ora em plena actividade subversiva, entregues á propaganda, ou á pratica de attentados havidos por idóneos pela doutrina anarchista ou communista para a consecução dos seus objectivos.*

Principalmente com relação aos *residentes*, é que se impõe, por seu maior resultado, a utilissima providencia administrativa, porque, conhecedores do paiz e nelle relacionados, dispõem os residentes de melhores elementos para diffundir suas idéas e pôr em acção os meios violentos, “os poderosos explosivos”, fundamentaes no seu programma de exterminio da sociedade actual. Na propaganda contra a ordem politica do Estado, são esses libertarios os mais aptos para a tarefa de enfraquecer, pela contumelia e pela falsa imputação de factos criminosos, a autoridade moral dos órgãos da soberania, subordinando sempre a acção ao *fim anti-social*, que é a característica do anarchismo.

O anarchismo activo é a *manifestação de um estado de delinquencia permanente que se objectiva mesmo na phase dos actos preparatorios de um delicto aparentemente politico ou commum.*

Nos paizes em que elle tem tomado incremento, leis especiaes repressivas hão sido promulgadas para evitar os maleficos efeitos dessa forma typica do *delicto social*, sem prejuizo do direito de pôr fôra das fronteiras os agitadores, si estrangeiros: na Inglaterra desde a Lei de 10 de abril de 1883; na Allemanha, desde 1884; na Belgica, desde a Lei de 22 de maio de 1892; na França, a começar da modificação dos artigos 435, do Codigo Penal; na Italia e na Hespanha, desde 1894.

A propaganda do anarchismo, a associação de anarchistas, a apologia dos crimes, a provocação ou incitamento de delinquir para fim anarchico, a fabricação, guarda ou emprego de explosivo para o mesmo fim, são punidos, nesses paizes e em outros, com penas severas, ainda que dessas formas executivas do delicto social não tenha resultado, directa ou indirectamente, determinado factio lesivo da vida, da integridade physica ou da propriedade.

Aquelles actos são meios de que se servem os que se propõem a destruir pela violencia, pela depredação, pelo saque e pelo assasínio os institutos essenciaes da sociedade, tal como está organizada em todas as nações civilisadas. São infracções que ao mesmo tempo que visam de modo mediato a substituição integral da organização da sociedade, a começar pela familia, offendem, de modo immediato, ora a incolumidade publica, ora a segurança individual e o patrimonio, ora a ordem economica e a liberdade do trabalho, ora institutos politicos do Estado. Formam uma classe especial de delictos, cujo conceito juridico foi com precisão definido pelo Instituto de Direito Internacional, reunido em Genebra, em 1892, quando, distinguindo-os, pelo seu objecto e pelo seu fim, dos crimes politicos, considerou-os como "*factos criminosos dirigidos contra as bases de toda a organização social e não contra tal estado ou tal forma de governo.*"

No curto espaço de tempo em que ultimamente dominou na Hungria o regimen communista, foi a officialisação do crime, em suas graves manifestações: desde o furto até o homicidio qualificado.

Na Russia a acção devastadora do bolshevismo revela-se no morticínio dos adversarios politicos, na execução dos prisioneiros de guerra, no confisco da propriedade, na desorganização da administração, do trabalho e da familia, na falta de segurança individual, na suppressão de liberdade de pensamento; e constitue hoje sério perigo á tranquillidade das nações onde impera a democracia.

Para impedir em seu territorio esse regimen de horrores, os Estados Unidos da America do Norte, em cuja lei fundamental nos inspiramos quando constituimos a Republica Federativa, têm lançado mão de meios adequados, sobresahindo a expulsão de milhares de estrangeiros residentes, que cooperam nos preparativos da revolução social.

O Estado não tem obrigação de supportar o pesado trabalho, ás

vezes inefficaz, de constante vigilancia sobre os passos dos estrangeiros adeptos da theoria anarchista, que a propagam, ou mostram ser seu intento converter essa theoria em facto. Não deve esperar a acção material desses inimigos da paz publica, actualmente empenhados em luta de morte com a sociedade. Cumpre-lhe exercer, sem tardança e sem vacillações, a faculdade soberana da expulsão, arma de resultado certo e immediato, notadamente em paizes como o nosso, em que não existe legislação especial para reprimir o anarchismo, cujos actos preparatorios escapam, assim, na sua maior parte, á sancção da lei punitiva. Além disso, em face do Direito Penal patrio, praticada a acção que revista os elementos constitutivos de um delicto commum ou de um delicto politico, cujo fim mediato seja, entretanto, a destruição dos institutos organicos da sociedade, a pena a ser applicada pelos nossos tribunaes nem sempre corresponderá á gravidade do crime, evidentemente social, de objectivo mais amplo do que aquelles, e executado por agentes sem duvida de maior temibilidade. Nesse caso, cumprida a pena e verificada a não regeneração do delinquente, é de necessidade fazello sahir do nosso territorio.

Vezez haverá em que o "*attentado anarchico*", — que encontra seu momento consummativo ao se realizar a deflagração, — se não ajustará á nenhuma das disposições do Codigo, devido á inexistencia de damno material effectivo contra a pessoa ou contra a propriedade, e nem constituirá siquer tentativa de algum dos crimes de perigo commum, previstos nos artigos 136 e 148, ou contra a segurança dos meios de transporte ou communicações, regidos pelos artigos 149 e 155.

Sem a influencia desses hospedes nocivos, operarios brasileiros não abandonam seus naturaes sentimentos de ordem, de subordinação á lei, e de respeito aos poderes constitucionaes da Republica, que tem sempre amparado as suas aspirações razoaveis e reconhecido os seus interesses legitimos.

A defesa da organização social é, presentemente, o maior dos deveres do Estado.

A evolução social é um producto successivo e lento da vontade humana illuminada pelo direito. Quaesquer modificações que a humanidade entenda dever introduzir na organização da sociedade ha de obedecer aos meios juridicos e ser conforme ao sentimento commum; nunca a obra do despotismo da multidão criminosa (*Accord. do Supr. Trib. Federal*, de 19 de novembro de 1919).

XI. — Soffrem constrangimento illegal os individuos expulsos do territorio nacional que se conservam em prisão pelo facto de não terem transporte para o estrangeiro (*Accord. do Supr. Tribunal Federal*, de 19 de setembro de 1917).

70. — Jurisprudencia estrangeira

BELGA

I. — Celui qui a consenti a être livré sans formalités peut être jugé même sur des faits autres qui étaient compris dans la demande d'extradition (*Cour de Cassation*, 17 janvier 1887).

FRANCEZA

II. — Le droit d'extradition derive, pour chaque gouvernement, de sa propre souveraineté, et n'est pas qu'une conséquence du droit de faire expulser et reconduire à la frontière de son pays le malfaiteur étranger qui est venu lui demander asile. Ce droit, absolu n'est aucunement restreint par les traités que les divers Etats ont jugé à propos de conclure entre eux de régler et limiter des cas d'extradition. Ces traités ne sont, à ce point de vue qu'énonciatifs, en ce sens que, s'ils rendent obligatoire la remise du malfaiteur dans les cas prévus, cette remise demeure toujours facultative de la part du pays de refuge, dans les cas non prévus.

L'acte du gouvernement étranger, qui livre ainsi à la France un malfaiteur qu'il aurait pu refuser de lui remettre, est un acte de haute administration qui échappe à toute appréciation et à tout contrôle de l'autorité française (*Cour de Cassation*, 13 avril 1876).

Art. 6.º 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.

71. — Trata-se do limite da lei penal commum em relação a determinadas acções, que são excluidas do código, attenta a condição particular do agente, para constituir objecto de leis especiaes, bem como das infracções, cuja qualificação e comminação penal cabe aos Estados federados. O complemento desta disposição encontra-se no art. 410, que devia, por isso, seguir-lhe e não ser collocada na parte final do código. No código anterior, o assumpto era tratado mais systematicamente, nos arts. 308, 309 e 310.

Em rigor, a disposição do art. 410 não tinha necessidade de ser formulada expressamente, porquanto se refere á materia que pertence ao direito administrativo penal e ao direito disciplinar.

Pelo disposto no art. 6, se vê que o nosso direito penal comum se contém no código e nas leis que o modificaram, e o direito penal especial nas leis que qualificaram os *crimes de responsabilidade* (mais correctamente se devia dizer — *crimes funcçionaes*) do Presidente da Republica, e os *crimes militares*.

Não regula, porém, o legislador, de modo expresso, as relações entre taes leis e o código, como fez o código penal italiano, art. 10, por onde se vê que este constitue a regra, isto é, que suas disposições são também applicaveis ás materias reguladas por outras leis, salvo quando o contrario fôr determinado nessas mesmas leis.

Em nosso direito, muito embora o silencio do código penal, a mesma norma deve ser observada, excepção feita para os crimes militares, que fazem objecto de um código especial, com regras proprias.

72. — Adoptando o instituto do *impeachment* ou processo disciplinar do Presidente da Republica, como vem delineado no direito constitucional norte-americano, com algumas modificações, a nossa Constituição Federal, dispõe no art. 53: “Serão crimes de responsabilidade os actos do Presidente da Republica que attentarem contra:

1.º A existencia politica da União;

2.º A Constituição e forma do Governo Federal;

3.º O livre exercicio dos poderes politicos;

4.º O gozo e exercicio legal dos direitos politicos, ou individuaes;

5.º A segurança interna do paiz;

6.º A probidade da administração;

7.º A guarda e emprego constitucional dos dinheiros publicos;

8.º As leis orçamentarias votadas pelo Congresso.

§ 1.º Esses delictos serão definidos em lei especial.

§ 2.º Outra lei regulará a accusação, o processo e o julgamento.

§ 3.º Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do primeiro Congresso.”

Em obediencia ao preceito constitucional, foram decretadas as Leis n. 30, de 8 de janeiro de 1892, que define os crimes de responsabilidade ou funcçionaes do Presidente da Republica, os quaes “são punidos com a perda do cargo sómente ou com esta pena e a incapacidade para exercer qualquer outro, impostas por sentença do Senado, sem prejuizo da acção da justiça ordinaria, que julgará o delinquente, segundo o direito processual e criminal commum”, e a de n. 27 da mesma data que estabelece o processo respectivo. Em minha monographia — *O impeachment no regimen constitucional brasileiro*, reproduzida na *Revista de Direito*, vol. 27, pags. 225 a 250, e na *Revista ciencias politicas*, de Venezuela, ns. 56 e seguintes, occupei-me desse instituto, em seus diversos aspectos, como vem traçado nas legislações ingleza e americana, e quaes as modificações que recebeu em nosso direito.

73. — Admittindo a categoria de *crimes militares*, a Constituição Federal, art. 77, dispõe que os militares de terra e mar terão fôro especial a respeito de taes delictos. O código penal, admittindo implicitamente a tradicional distincção de *crimes propriamente* ou *puramente militares* e *crimes impropriamente* ou *accidentalmente militares*, declara aquelles excluidos de seu conteúdo, e objecto de leis especiaes.

E' distincção que remonta ao direito romano, encontrando-se na L. 2.<sup>a</sup>, Liv. XLIX, t. 16 do Dig. *de re militari*, o conceito do crime propriamente militar como sendo: *quod quis uti miles admittit*, o delicto que alguém commette como soldado.

Quanto á outra categoria, admittida no direito romano posterior, e legislações de outros povos, não tem encontrado uniformidade de conceito, quer na doutrina, quer nas leis, dada a diversidade de criterio adoptados — *ratione materiæ*, *ratione personæ*, *ratione temporis*, *ratione loci*, categoria que, aliás, não se justifica em legislação especial, devendo antes figurar no código penal commum, como forma aggravada (ESMERALDINO BANDEIRA, CHRYSOLITO DE GUSMÃO). Nada realmente justifica este *systema compositus* de crimes ao mesmo tempo — *communis* e *militares*, que subtrahе o soldado ao julgamento dos tribunaes ordinarios pelos crimes que elle commette como *homem*; e que sotopõe o paisano ás jurisdicções dos tribunaes de excepção por delictos de soldado, que elle não é.

Se o crime militar, na definição romana, é aquelle que só o militar pôde commetter (*uti miles*), devem ser desclassificados de tal categoria todas as infracções que, offendendo embora a disciplina, o serviço, a economia ou a administração militar, possam, comtudo, ser praticados por paisanos.

A tendencia geral do direito moderno é exactamente reintegrar á lei commum os delictos especiaes, e como meramente funcçionaes, os delictos militares ficariam muito bem no código ordinario ao lado da prevaricação, falta de exacção no cumprimento do dever, peita ou suborno e outros crimes especificos dos funcionarios civis (ESMERALDINO BANDEIRA).

Procurando pôr um paradeiro ao cahos da nossa legislação militar, composta de grande numero de alvarás, provisões, decretos, leis, regulamentos, avisos, foi expedido pelo Governo Provisorio da Republica, o Decr. n. 919, de 5 de novembro de 1890, que estabeleceu o *Código penal para a armada*, depois substituido pelo que acompanha o Decr. n. 18, de 7 de março de 1891, em virtude do Decreto de 14 de fevereiro de 1891, que autorisou o Ministro da Marinha a modificar algumas das disposições do anterior código.

O código assim decretado foi approved e ampliado pelo Congresso Nacional ao Exercito Nacional, pela Lei n. 612, de 29 de setembro de 1899.

Concebido sem unidade de systema, sem espirito scientifico, põe-se em antagonismo flagrante com o codigo penai commum, qualificando de maneira literalmente identica crimes por esse codigo comprehendidos, sem qualquer distincção. E' assim que, no art. 3, letras *c* e *d*, qualifica como crimes militares: — a seducção de praças para desertarem, para se levantarem contra seus superiores hierarchicos ou contra o Governo, quando taes crimes estão previstos nos arts. 91, 92 e 93, do codigo penal commum, dahi resultando que o mesmo factio, com as mesmas circumstancias, é, para um codigo, um crime militar, submettido ao fóro militar, e para outro, um crime politico da competencia da justiça federal, segundo intelligencia dada pelo Decr. n. 848, de 1890, art. 15, letra *i*, e pela Lei n. 221, de 1894, arts. 12, § 1.º e 20, n. 1. Tenha-se em vista que a constitucionalidade do codigo militar é posta em duvida, bem como a do Regulamento criminal militar, e ter-se-á descripto o estado de duvidas e incongruencias que reina em nossa legislação militar.

74. — Referindo-se á disposição do art. 6, letra *c*, do codigo, diz JOÃO VIEIRA que, “organizado o paiz em republica federativa, embora o direito criminal seja unitario (Const. Federal, art. 34, n. 23), resta uma extensa esphera de acção aos Estados federados como são (art. 63), assim como aos municipios autonomos, como devem ser.”

Discordamos deste modo de ver, por isso que, em face do citado art. 34, n. 23, da Constituição Federal, sómente á União cabe legislar sobre direito criminal, esphera alguma, em tal materia, ficando aos Estados, nem aos municipios.

A Constituição revogou, pois, o codigo no ponto questionado, tomando-se o termo *crime*, na accepção propria, ou segundo o art. 7 do mesmo codigo, como *violação imputavel e culposa da lei penal*; se, porém, tomarmos o termo — *crime*, na accepção geral de infracção da norma legal, subsiste a disposição do art. 6 letra *c*, por isso que comprehende a violação das normas administrativas estaduais e municipaes, materia em que os Estados e municipios podem legislar, definindo as infracções e editando a sancção respectiva. Trata-se, então, do direito administrativo penal, que abrange as contravenções objectivamente administrativas, isto é, as violações de normas de character administrativo e as consequencias juridicas que dahi derivam (GOLDSCHMIDT). No anterior regimen, a Constituição imperial, arts. 167 e 169, e o Act. adicional, art. 10, ns. 4 e 5, interpretado pelo art. 1, da Lei de 12 de maio de 1840, davam ás municipalidades, juntamente com governo economico e administrativo das villas e cidades, o poder de formar posturas com comminação de penas, e a Lei de 1.º de outubro de 1827, regulando esta materia, art. 72, limitou esse poder á comminação de pena até oito dias de prisão e 30\$ de multa.

De conformidade com esta lei e preceitos constitucionaes, o codigo penal de 1830, art. 308, § 4.º, excluia de sua comprehensão os *crimes* contra a policia e economia particular das povoações, nelle não especificados, os quaes seriam punidos na conformidade das posturas municipaes.

Actualmente, pelas razões expostas, aos Estados e municipios fallece competencia para qualificar crimes ou contravenções de policia, só podendo legislar sobre infracções de character administrativo, observados, em todo caso, os principios constitucionaes que vedam o estabelecimento e applicação de penas a não ser em virtude de lei anterior.

## 75. — Jurisprudencia brasileira

I. — O *impeachment*, na legislação federal, não é um processo exclusivamente politico, o que seria incompativel com o regimen que adoptamos, mas um processo criminal de character judicial, porque só pôde ser motivado pela perpetração de um crime definido em lei anterior; não dá logar apenas á destituição do cargo, mas tambem á incapacidade para exercer outro cargo; é julgado por um tribunal de justiça. Dahi resulta:

1.º que os Estados não podem legislar sobre os casos de *impeachment*, porque é necessario que elles assumam a figura juridica de crimes, e o definir crimes é, segundo o art. 34, § 23, da Constituição, attribuição privativa do Congresso Nacional;

2.º que no processo do *impeachment* deve-se conformar com os principios constitucionaes da União (art. 63, da Constituição Federal) assegurando ao accusado a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, art. 72, § 16, da Constituição Federal (*Accord. do Supremo Tribunal Federal*, de 8 de novembro de 1918).

Fundamentando seu voto divergente, no tocante a natureza do instituto do *impeachment*, o ministro VIVEIROS DE CASTRO assim se externou: “O *impeachment* não é um instituto de direito penal, é uma *providencia administrativa, equivalente á demissão, cujo principal intuito é afastar dos altos cargos os funcionarios que se mostrem incapazes de exercel-os dignamente* (VIVEIROS DE CASTRO, *Estudos de Direito Publico*, cap. IX).

Para mostrar qual a verdadeira natureza juridica do processo especial do *impeachment* posso recorrer felizmente á *prata de casa*, Esta questão foi discutida no *Congresso Juridico Americano*, sendo brilhantemente relatada pelo muito illustre magistrado Dr. GABRIEL LUIZ FERREIRA, de saudosa memoria, que apresentou a seguinte *conclusão*, approvada por unanimidade em sessão de 18 de maio de 1900:

“Que o *impeachment* do Presidente da Republica é uma simples medida politica.”

Da substanciosa argumentação do alludido relatorio destacarei os seguintes trechos: “O *impeachment* é uma instituição de direito constitucional e não de direito penal.

Ao conjuncto de providencias e meios elucidativos que o constituem, dá-se o nome de *processo*, porque é o termo generico com que se designam os actos da accusação, defesa e julgamento; mas é um processo *sui generis*, que não se confunde com o processo judiciario, porque deriva de outros fundamentos e visa fins muito diversos. Se alguma de suas formulas são semelhantes, se ambos terminam por um julgamento que se resolve em sentença, condemnando ou absolvendo, nem por isso deixa elle de ter o character de facto essencialmente politico, e não se lhe pôde attribuir outro sem dar-se fóros de doutrina a uma concepção incongruente com o progresso da sciencia politica dos tempos modernos e com a estrutura geral dos systemas de governo electivo, em que todos os poderes são constituídos por delegação popular e se distinguem pela natureza de suas funções proprias.

A segurança com que se pôde emittir esta proposição basea-se na lição dos publicistas mais autorizados, entre os quaes STORY, que diz: “o processo de accusação é de natureza politica; elle não foi imaginado para punir o culpado, mas para garantir a sociedade contra a malversão do funcionario, e não affecta nem a pessoa, nem os bens delle, mas sómente a sua capacidade politica (*Commentario*, n. 46).

*The nature of the punishment is political only*, diz CAMPBELL BLACK; e, sustentando a mesma doutrina, enuncia-se VON HODST, dizendo que o fim do *impeachment* não é a punição do culpado, mas a protecção dos interesses publicos contra o perigo ou o mal resultante do abuso do poder official, negligencia do dever ou conducta incompativel com a dignidade do cargo (*Constitut Law*, pag. 162).

Destes principios não ha consequencia logica a deduzir senão que os intuitos constitucionaes do *impeachment* consistem principalmente na salvaguarda dos interesses publicos contra os abusos do poder, e para isto basta a destituição do cargo, facto que é *commum* no curso ordinario da administração, e por isso tem antes o character de uma providencia politica legitimamente utilisavel pela promptidão e efficacia de seus effeitos, do que a pena, na accepção juridica da palavra.” No intuito de provar o character essencialmente judiciario do processo do *impeachment*, recorreu o Sr. Ministro GUIMARÃES NATAL á patria de origem desse instituto, cuja degenerescencia na Inglaterra fez surgir o parlamentarismo.

E' realmente um facto incontestavel que a Camara dos Lords gosa de attribuições judicarias desde o tempo em que ella era

ainda o *Magnum Consilium* ou a *Curia civium*, do reinado de EDUARDO III.

Nos casos de *impeachment* ella profere verdadeiros julgamentos; sómente ella tem competencia para applicar penas.

Mas, apesar desse character judiciario, o instituto, praticamente, nunca deixou de ser considerado de natureza *politica-administrativa*, sendo empregado sómente quando se tornava necessario afastar um alto funcionario do exercicio do seu cargo.

Logo que se firmou o regimen parlamentar e o gabinete se tornou uma delegação da Camara dos Communs, incapaz de resistir á sua vontade, o *impeachment* não foi mais applicado, é uma arma que se enferruja no arsenal das medidas destinadas a manter a *balance of powers*.

“Na Inglaterra, observa DUPRIEZ, o *impeachment* é uma arma que actualmente cahiu em desuso; as praxes constitucionaes substituiram-n’o pelo voto de censura, pela moção de confiança.

A *common law* assegura ás Camaras um meio preventivo de acção sobre o Poder Executivo, confiando-lhe o direito e o dever de aconselhar o Rei sobre o exercicio das suas prerogativas.”

Consequentemente, não foi o abastardamento do *impeachment* que fez surgir o parlamentarismo; ao contrario, foi a omnipotencia da Camara dos Communs que tornou inutil o recurso ao processo politico-administrativo.

Nos Estados Unidos é doutrina corrente ser o *impeachment*, um acto politico e disciplinar. Como observa TOCQUEVILLES “O fim principal do julgamento politico, nos Estados Unidos, é de retirar o poder daquelle que fez máo uso d’elle, e impedir que este mesmo cidadão seja investido de tal poder no futuro.

Como se vê, é um acto administrativo ao qual se deu a solemnidade de uma sentença. Neste assumpto, os americanos crearam qualquer cousa de mixto.

Déram á destituição administrativa todas as garantias do julgamento politico, e tiraram ao julgamento politico seus maiores rigores.

Esta é a lição de HAMILTON, que encontramos no n. LXV, do *Federalista*, que é justamente considerado o *evangelho do constitucionalismo americano*, e é repetida pelos mais autorizados mestres que têm discutido a materia. Se alguns dos modernos publicistas americanos têm procurado pôr em fóco o character judiciario do *impeachment*, é unicamente para salientar os graves inconvenientes da disposição constitucional americana, que em termos muito vagos falla em *other high crimes and misdemeanors*, sem especifical-os. Não podendo contestar que seja esta a doutrina corrente nos Estados Unidos, o Sr. Ministro PEDRO LESSA affirmou no seu voto que o legislador constituinte brasileiro havia quebrado o padrão do *im-*

*peachment* norte-americano, de origem ingleza, estabelecendo um processo *sui generis*.

E na discussão havida no Tribunal insistiu em affirmar que tanto o *impeachment* brasileiro tinha o character de processo criminal que a Constituição Federal, nos arts. 53 e 54, empregou as expressões — *accusação, processo, julgamento e actos do presidente que são crimes de responsabilidade*.

No meu livro *Estudos de Direito Publico*, enumerei os tres pontos principaes em que o constituinte brasileiro se afastou, nem sempre com felicidade, do modelo americano.

Estas modificações, porém, não podem ser consideradas como quebra do padrão — o instituto continuou essencialmente o mesmo.

No Brazil, como nos Estados Unidos, o que se teve em vista foi estabelecer uma providencia politica que, sem as delongas de um processo judicial, permittisse o afastamento do Chefe do Estado que se tornára indigno de continuar a exercer o seu cargo.

Em uma excellente monographia que publicou no *Jornal do Commercio*, sobre o *impeachment*, e que seria frequentemente citada entre nós se o autor tivesse nascido no estrangeiro, assim doutrina o Dr. GALDINO SIQUEIRA:

“Mas, embora tome por motivo de decisão alguns desses crimes e no julgamento observe as formalidades processuaes previamente estabelecidas (Constituição, art. 54, § 2.º, Lei n. 27, de 8 de janeiro de 1892), o *impeachment*, pelo systema brasileiro, não deixa de ser uma providencia de ordem politica, um acto disciplinar, pois, outro intuito não visa, determinando a perda do cargo ou esta e a incapacidade de exercer qualquer outro, senão desembaraçar sem demora a Nação do funcionario que por seus crimes, pela má gestão dos negocios publicos, a está prejudicando.

E tanto é assim que, concorrentemente com o julgamento do Senado, pôde haver o da justiça ordinaria, onde se applicará a lei penal commum ao delinquente e se determinará a indemnisação do damno causado (Constituição, art. 33, § 3.º).

Estatuindo este dispositivo que o Senado só poderá impôr as penas de perda do cargo e a incapacidade para exercer outro, sem prejuizo da acção da justiça ordinaria *contra o condemnado*, parecerá que o Presidente da Republica só pôde ser processado perante a justiça commum, depois de ter sido condemnado pelo Senado; e, como a jurisdicção deste cessa logo que o Presidente deixa definitivamente o cargo, pois, só quando investido de suas attribuições é que está sujeito ao *impeachment*, teriamos que letra morta seriam os dispositivos sobre a sua responsabilidade, porquanto, furtar-se-ia facilmente á sancção não só da justiça do Senado, como da justiça ordinaria, renunciando o cargo. Mas por levar a taes consequencias, enervando a acção da lei, é tal interpretação evidentemente falsa, o

que, aliás, ficou evidenciado quando foi submettido á discussão o projecto, depois convertido na Lei n. 27, de 8 de janeiro de 1892, e quando foi discutido o *vêto* opposto pelo Presidente da Republica.

Ficou, então, perfeitamente elucidada a disposição constitucional, decidindo-se que o Presidente da Republica, como os demais funcionarios designados, podem evitar o *impeachment* e os seus effeitos, renunciando o cargo, mas não evitam a acção da justiça ordinaria, quanto ao crime que tenha commettido e qualificado pela lei commum, e quanto á indemnisação do damno causado.

“A missão do Senado, disse então o senador JOSÉ HYGINO, não é conhecer dos crimes de responsabilidade do Presidente da Republica para punil-o criminalmente, mas para decretar uma medida de governo, a qual é a destituição do Presidente delinquente. Desde que o Presidente tenha largado o cargo ou seja por força da sentença condemnatoria do Senado, ou por motivo de renuncia ou por ter expirado o periodo presidencial, responde pelo crime de responsabilidade que perpetrara no exercicio do cargo, perante a justiça ordinaria, que o julgará e punirá segundo o direito criminal commum.”

Esta lição de JOSÉ HYGINO sobre a natureza meramente politica do instituto do *impeachment* é duplamente valiosa, porquanto, este notavel jurisconsulto tomou parte nos trabalhos da Constituinte, e foi consultor juridico da opposição ao Marechal DEODORO, cujos intuitos se crystalisaram nas disposições da citada Lei n. 27

O argumento tirado das expressões constitucionaes não tem o menor valor, como já havia demonstrado o desembargador GABRIEL LUIZ FERREIRA, no supracitado relatorio apresentado ao Congresso Juridico Americano. Sendo deficiente a tecnologia politica, o legislador constituinte foi obrigado a recorrer ao direito processual, empregando os seus termos, não na rigorosa accção technica, e sim apenas para dar uma idéa approximada do novo aparelho governamental.

E, se pudesse haver duvida sobre não ser o *impeachment* um verdadeiro processo criminal, no qual realmente se applicam penas, taes duvidas não poderiam subsistir em face da citada disposição do art. 33, § 3.º, da Constituição Federal, que expressamente determina que o condemnado continúa sujeito á acção da justiça ordinaria. Ora, sem offender os mais elevados principios de justiça não seria possivel processar e julgar duas vezes um individuo pelo mesmo facto.

O *impeachment* tem por intuito exclusivo afastar o máu funcionario do exercicio do seu cargo, desvistil-o da autoridade governamental, nivelal-o com todos os outros cidadãos.

Assim, tambem a Igreja, nas passadas éras, quando um padre

delinquia, despojava-o do character sacerdotal antes de relaxal-o ao braço secular.

E ainda hoje os militares, antes de soffrerem as penas do direito commum, são degradados dos seus postos, pena humilhante e supplicio mais horrivel do que a morte.

A natureza juridica do *impeachment*, aliás, já foi admiravelmente explanada no accórdam deste Tribunal n. 343, de 22 de junho de 1899, do qual foi relator o egregio PISA E ALMEIDA, de saudosa memoria. Não tomando conhecimento do pedido de revisão, feito em favor do ex-vice-presidente do Estado de Sergipe, condemnado pelo Tribunal Mixto do mesmo Estado á perda do cargo com inhabilitação para exercer qualquer outro cargo estadual, assim fundamentou o accórdam a sua decisão:

“Nos termos do art. 81, da Constituição da Republica, os processos findos, em materia crime, poderão ser revistos pelo Supremo Tribunal Federal. Nesta disposição, não se póde comprehender processos, como estes, *de natureza puramente politica, em que só se póde impôr a pena da perda do cargo com inhabilitação para exercer qualquer outro. O julgamento politico não tem outro objecto senão averiguar e resolver se o empregado possui ou não as condições requeridas para continuar no desempenho de suas funções; não póde estar sujeito ás consequencias da revisão criminal, reservada pela Constituição para sentenças condemnatorias proferidas definitivamente por tribunaes judicarios.*”

Entre os ministros que suffragam a doutrina consagrada neste accórdam, está JOÃO BARBALHO, o mais autorizado commentador da Constituição Federal.

Applicando a doutrina juridica ao caso dos autõs, a conclusão não póde ser outra: *é incabivel, o remedio do habeas-corpus em um processo exclusivamente politico, cujo objecto é tomar uma providencia meramente administrativa.*

II. — O machinista de uma praça de guerra, embora não seja militar, fica equiparado *ratione loci* aos militares, respondendo perante os tribunaes militares pela sua participação em crime militar (*Accord. do Supremo Tribunal Federal*, de 25 de maio de 1907).

III. — Está sujeito á jurisdicção militar e pelos tribunaes militares deve ser julgado, o individuo que, embora extranho ao serviço do Exercito ou Armada, commetta crimes em fortalezas, quartéis ou estabelecimentos militares (*Accord. do Supremo Tribunal Federal*, de 23 de setembro de 1911).

IV. — O recurso funda-se na nullidade do processo, por incompetencia do fóro militar para conhecer do crime imputado ao recorrente, uma vez que o offendido não era militar.

Segundo a doutrina da resolução tomada sob consulta do Supremo Tribunal Militar, de 1 de setembro de 1902, os crimes definidos no Código Penal da Armada, applicavel ao Exército, são essencialmente ou accidentalmente militares.

Essencialmente o são os que, de sua natureza militar, têm por agente um militar; accidentalmente os que, de natureza commum, praticados por militar, assumem o caracter de militares pelas circumstancias especiaes do tempo ou lugar em que são commettidos, pelo damno que, dadas certas circumstancias, causa á administração, á hierarchia ou á disciplina militar, como o crime praticado por militar *dentro dos quartéis*, suas dependencias, etc. Ainda, portanto, que o official da Guarda Nacional uniformizado e em serviço não fosse um militar, não pudesse ser considerado superior do recorrente, bastaria para dar á aggressão que este sargento de artilharia lhe fizera, o caracter de crime militar, o facto de ter sido praticado dentro do quartel e com grave offensa da disciplina (*Parecer do Procurador Geral da Republica, adoptado pelo Supremo Tribunal Federal no accórdam de 21 de junho de 1912, negando provimento ao recurso*).

V. — Bem divulgada é a classificação das penas em *penas de direito criminal commum*, *penas administrativas*, ou meios compulsorios para constranger o individuo a cumprir certas obrigações, e *penas disciplinares*, creadas para corrigir certas faltas menos graves, penas que já têm sido denominadas *castigatio domestica*, castigo familiar, ao passo que ás administrativas se tem chamado *penae medicinales*, dando uma e outra expressão idéas exactas do objecto significado. No direito brasileiro, sempre houve essas tres especies de penas, posto que nem sempre as nossas leis e regulamentos as tenham discriminado, ou estatuido a respeito em disposições distinctas, o que bem se comprehende, attendendo-se a que o legislador se limita a estatuir regras para a pratica, e não raro abstrahе das classificações scientificas (*Accord. do Supremo Tribunal Federal, de 16 de setembro de 1916*).

**TITULO II**  
**Dos Crimes e dos Criminosos**



## TITULO II

### Dos crimes e dos criminoses

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

76. — A definição do delicto póde ser dada no aspecto *legal, juridico* ou *sociologico*. No aspecto *legal*, considera-se o delicto na sua exterioridade formal, como acção punida com uma pena.

Dahi a definição do delicto como *violação da lei penal* (HAUS, THIRY, etc.). Mas esta terminologia é inexacta, como já tivemos occasião de mostrar (n.º 18). O agente que commette um delicto, não viola a lei penal, e sim o preceito que originou o artigo do codigo. O texto se adapta ao facto commettido, e é applicado integralmente pelo juiz.

Deve-se, pois, dizer que o delicto é a *violação do preceito consagrado pela sanção penal*.

A definição legal do delicto nos dá assim apenas o criterio externo, ou como diz IHERING, o signal exterior do delicto, não mostrando a sua essencia, a sua natureza intrinseca, as suas condições constitutivas. Se alguns codigos contem definição geral da infracção ou delicto, como os dos cantões de Valais, art. 1, de Neufchatel, artigo 1, de Hespanha, art. 1, de Portugal, art. 1, outros não encerram definição alguma, como o francez, o italiano, etc., e certo mais avisadamente, porque uma definição geral é absolutamente inutil na lei e póde trazer inconvenientes se fôr inexacta ou incompleta.

77 — No aspecto *juridico*, considera-se o delicto em seu conteúdo intrinseco e substancial, determinação esta necessaria para servir de guia ao legislador e de criterio para a critica de lei.

Dada, porém, a diversidade de theorias sobre o fundamento do direito de punir e da responsabilidade penal (ns. 4 a 7), não se encontra uma definição juridica do delicto, commummente aceita.

Se para os utilitarios, o delicto é a acção que se deve prohibir em razão de algum mal que produz ou que tende a produzir (BENTHAM), ou, mais simplesmente, “uma acção prohibida pela lei (FILANGIERI), ou, ainda, “uma acção qualquer opposta ao bem publico (BECCARIA), definições que apenas encaram o aspecto exterior ou legal, para CARRARA, autor da theoria da tutela juridica, deixando de considerar o delicto simplesmente como acção humana, revestida de certos caracteres, o conceitúa como um *ente juridico*, consistente na relação de contradicção entre o facto do homem e a lei.

Como ente juridico tem necessidade para existir de certos elementos moraes e materiaes, ou *forças moraes* e *materiaes*, que consideradas em sua *causa* ou *subjectivamente*, são a vontade intelligente do homem que age, e o movimento do corpo pelo qual elle executa seu mau designio, e consideradas em seu *resultado* ou *objectivamente* são o temor e o máo exemplo, e a violação do direito atacado ou o damno material; mas o que completa o ser do delicto é a contradicção desses elementos com a lei juridica, assim se tornando um ente metaphysico, immutavel, eterno. Seu objecto não é o mesmo da acção material, porquanto se esta recae no homem ou na coisa, o ente juridico tem por objecto o direito violado.

Para outros, em maior numero, encarado delicto como acção humana, commissiva ou omissiva, se no seu aspecto exterior é uma *acção illegal*, uma transgressão da norma do Estado que garante a ordem social, tendo como sancção necessaria uma pena, por isso, uma *acção punivel*, ou acarretando como effeito peculiar a pena, intrinsicamente é uma *acção culposa*, isto é, dolosa ou culposa, estricto sensu, o que presuppõe a imputabilidade do agente e a imputação do resultado.

Neste sentido, BRUSA define o delicto “una azione od omissione moralmente imputabile all'uomo, colla quale egli infrange il diritto garantito con pena dalla legge giuridica promulgata per la sicurezza generale dei cittadini.”

78. — No aspecto *sociologico*, considera-se o delicto como phenomeno que se produz na vida social, apreciando-o quanto a sua conformação e condições sociaes. Nesta ordem de pesquisas, admittiu-se a existencia do *delicto natural*, isto é, de um facto illicito por si mesmo, que a moral reprova independentemente de perturbação que cause á ordem social.

Já entre os romanos se admittia o delicto assim caracterisado, a que se contrapunha o *delicto legal*, isto é, a acção em si mesma moralmente indifferente, algumas vezes louvavel mesmo, mas que o interesse publico mandava reprimir.

ULPIANO, no fr. 42, D. de *verbor. signif.* (50, 16) diz : “*Probum et opprobrium idem est: probra, quædam naturâ turpia sunt, quædam civiliter et quasi more civitatis, utputa furtum, adulterium,*

*naturâ-turpe est; enimvero tutelæ damnari, hoc non naturâ probum est, sed more civitatis; nec enim naturâ probum est quod potest etiam in hominem idoneum incidere.*”

Esta distincção de delicto natural e positivo ou legal não deve ser confundida com a outra de *delicto do direito das gentes*, e *delicto proprio da cidade*, ainda que muito proximas sejam uma de outra.

Chama-se delicto do direito das gentes a infracção punida penalmente em todas as nações civilizadas.

Nesta categoria occupa o primeiro lugar o delicto natural, vindo depois os delictos de convenção, reprimidos, porém, por toda a parte, como os delictos fiscaes, de caça, o exercicio não autorizado da medicina, etc. Chama-se delicto proprio da cidade a infracção punida segundo os costumes e interesses de cada paiz. Nesta categoria se incluem tambem certas acções que constituem infracções naturaes, como o suicidio, o incesto, o adulterio do marido, etc. (HAUS).

Quanto á distincção assignalada de delicto natural e positivo, a escola classica a manteve como fundamental, mas acolhida não teve na escola positiva, notando que não ha criterio preciso e certo de immoralidade social e de nocividade de acção que permita erigil-a em delicto, e de outro lado a variabilidade dos costumes publicos e dos principios de direito politico de cada paiz e de cada época, que é preciso ter em conta na incriminação das acções, vem ainda tornar de menos actuação a distincção preconizada.

Assim, na impossibilidade de formar um catalogo de factos ou acções universalmente odiados e punidos, GAROFALO procurou outro criterio distinctivo do delicto natural, fazendo uma minuciosa analyse do senso moral, afim de destacar e isolar os sentimentos moraes que se pôde dizer definitivamente adquiridos pela parte civilizada da humanidade e que formam a verdadeira moral contemporanea, não susceptivel de perda, mas de um desenvolvimento sempre crescente, cuja violação, por actos ao mesmo tempo prejudiciaes á comunidade, poderia ser chamada *delicto natural ou social*.

Esses sentimentos, indispensaveis para a adaptação do individuo á sociedade, são o de  *piedade*, ou a repugnancia á crueldade, donde a resistencia aos impulsos que seriam a causa de um soffrimento para o nosso semelhante, e o de  *probidade*, o respeito por tudo que pertence a outrem.

Dahi o conceito do delicto natural como “a lesão daquella parte do senso moral e de probidade, na medida média em que se acham nas raças humanas superiores e cuja medida é necessaria para a adaptação do individuo á sociedade.”

Os delictos naturaes constituiriam objecto directo do codigo penal, e seus autores, privados dos sentimentos communs a todos os homens com que vivem, deveriam ser tidos como malfeitos, antisociaes. Os delictos legaes, consistentes nas offensas ás instituições

necessarias do Estado, cuja repressão é de interesse publico, seriam objecto de um outro codigo, o dos revoltados, não confundiveis com aquelles delinquentes, por não violarem os sentimentos essenciaes da humanidade.

Objectou-se contra a definição dada por GAROFALO que exclue da protecção juridico-penal, sem razões procedentes, outros sentimentos, como os do pudor, de patriotismo, da religião, tão profundamente radicados no coração humano, cuja lesão póde causar grave damno social, e pois, motivando um delicto natural. De outro lado, não importa tanto, a tutela dos sentimentos quanto o da constituição social, isto é, a da sua existencia e a da sua evolução organica, por quanto os sentimentos, são effeitos hereditarios e modificaveis das condições sociaes de existencia.

Procurando a característica objectiva do delicto na lesão de qualquer coisa de socialmente importante e exterior, IHERING a refere ás condições de vida da sociedade, consistindo, pois, o delicto na acção que lesa essas condições, ou as colloca em situação de perigo. E' nessa intuição que se inspiraram a doutrina amplamente diffundida na Allemanha (LISZT, MERKEL, LILIENTHAL, ROHLAND, etc.), e os partidarios da escola positiva italiana (BERININI, FERRI, etc.), que áquella característica juntáram a dos motivos determinantes da acção.

79. — O nosso legislador em vez de seguir o exemplo dos melhores codigos modernos, como o italiano e outros, e limitar-se ao conceito negativo do crime, que se contém no art. 1, abalou-se a dar uma definição positiva, e não em sentido meramente legal, mas juridico (ns. 76 e 77), inçada, porém, de defeitos (art. 7.º).

Primeiramente é de notar que incluye elemento extranho á coisa definida por isso que faz o crime consistir na *violação da lei penal*. Vimos que em qualquer crime, não ha violação da lei penal que, pelo contrario é observada, applicando-a o juiz ao caso dado, e sim violação na *norma*, do principio contido na propria lei penal ou em outra lei (ns. 12, 18 e 76).

Corrigindo-se, pois, o texto, deve-se entendela-o como referente á violação do preceito legal.

Exige-se que a violação, para constituir crime, seja *imputavel e culposa*. Precisemos a significação destes termos para a devida comprehensão da definição.

*Imputar* é attribuir a alguém uma acção, é leval-a á sua conta ou affirmar que alguém é sua causa efficiente.

*Imputabilidade*, como abstracto de imputar, denota o complexo de condições necessarias para que uma acção possa ser attribuida ao homem como sua causa.

Neste sentido, a imputabilidade póde ser *physisca*, quando se tem em vista a relação de casualidade physica da acção e o homem ;

*moral* quando a acção é encarada como produzida pela vontade livre do homem.

A *culpabilidade* denota a falta mais ou menos grave do dever ou da obrigação por parte do agente na acção a elle imputada, isto é, de ter agido com *dolo* ou com *culpa*, estricto sensu. Se tivermos em vista a relação do agente com as consequencias de sua acção, surge, então, a idéa da *responsabilidade*. Esta, que póde ser *moral* ou *legal*, mostra, pois, a qualidade de ser o agente capaz das consequencias que o preceito moral ou legal faz derivar da acção que a elle se imputa. E' conceito que se applica tendo em vista tanto o merito como o demerito, o premio como o castigo.

A *imputação* é a hypothese da imputabilidade e da responsabilidade, ou da imputabilidade, da culpabilidade e da responsabilidade formuladas concretamente, isto é, denota o juizo que se faz no sentido ser tal acção attribuível a algum homem e de ser este capaz das consequencias correspondentes. As distincções feitas mais precisas se tornam, notando-se que a responsabilidade não póde occorrer sem a imputabilidade, que ao em vez póde ter logar sem aquella, como nos casos de legitima defesa, de extrema necessidade, em que o agente é imputavel, mas não responsavel

A imputabilidade não é susceptível de mais ou de menos : afirma-se ou se nega. A culpabilidade e a responsabilidade se medem, têm grãos, por isso que o agente póde ser mais ou menos culpado, mais ou menos responsavel.

Resumindo: a imputabilidade se refere precisamente á acção, a culpabilidade e a responsabilidade ao agente, a imputação ao juizo de um terceiro. Estas distincções não se fazem, porém, rigorosamente. Na linguagem commum aquelles termos são empregados como synonymos, porque a qualidade que torna moral e legalmente imputavel a acção, é a mesma que torna culpado e responsavel o agente, e o motivo pelo qual se procura a relação entre o agente e a acção, é para decidir da outra relação entre o agente e as consequencias da sua acção (TOLOMEI, ORTOLAN, GARRAUD).

Assim, dizendo, no art. 7, *violação imputavel*, quiz o legislador se referir á acção ou omissão attribuível a um individuo, não só pelo laço de causalidade physica, mas tambem, e sobretudo, pelo laço moral, isto é, á acção ou omissão produzida pelo concurso da intelligencia e da vontade livre do agente; dizendo *violação culposa*, quiz se referir á violação feita intencionalmente (*dolo*), ou sem previsão, mas estando o agente em condições de prever as consequencias de sua acção ou omissão (*culpa*), isto se verificando do disposto no art. 24, que veio especificar as formas da culpabilidade.

Mas se a *culpabilidade* presuppõe necessariamente a imputabilidade, de que é em ultima analyse a forma, não havia necessidade de fazer referencia expressa a esta, e assim a definição incorre no vicio da redundancia.

Se o intuito foi accentuar bem a imputabilidade moral, tal como a admite a escola classica, e mostrámos atraz, ainda assim incorre em censura, tornando adstricta a lei a um systema philosophico, quando deve ser formulada de modo a não crear entraves ao progresso scientifico, e antes facilital-o sempre, evitando, pois, definições que constituam a synthese de uma doutrina.

E' ainda defeituosa a definição por encerrar termo de significação varia, como é o de *culposa*, que tomada em sentido amplo comprehende a acção *dolosa* e *culposa* propriamente dita, e em sentido restricto, só esta ultima.

E não fosse a disposição do art. 24, e duvidas poderiam occorrer a respeito.

80 — O crime tem um conteúdo subjectivo e outro objectivo, e um e outro se compõem de elementos *essenciaes* (genericos e especificos) e *accidentaes*.

Em face da definição do art. 7, podemos considerar como elementos essenciaes genericos do crime, uns alli expressos, outros subtendendidos, os seguintes :

a) O *sujeito activo* ou *agente* do crime. Este sujeito só pôde ser o homem, quando tenha adquirido um certo gráu de desenvolvimento physico-psychico, determinado pelos limites da idade, e tenha saude mental (art. 27).

Ficam assim excluidos os animaes e as pessoas juridicas, ponto que explanaremos ao commentar o art. 25.

b) O *sujeito passivo* ou o *offendido* pelo crime, isto é, o ser susceptivel de ter direitos, cuja violação constitue a infracção.

Estão neste caso: 1) o *homem*, quer *antes do nascimento*, no periodo da vida uterina, em que a lei o protege contra o aborto (art. 300); quer no *momento do nascimento ao setimo dia*, protegendo-o contra o infanticidio (art. 298); quer *durante a vida*, protegendo-o no seu corpo (arts. 294, 297, 303 a 306), no seu pudor (arts. 266 a 276), na sua liberdade (arts. 179 a 184), nos seus bens (arts. 330 a 263), na sua honra (arts. 315 a 317); quer *depois da morte*, protegendo-o contra os ultrages á sua memoria (art. 324); 2) as *pessoas juridicas de direito privado* (Cod. civil, art. 16), que são protegidas nos seus bens e na sua honra; 3) as *pessoas juridicas de direito publico interno*, isto é, a União, os Estados federados, o Districto Federal e os Municipios (Cod. civil, art. 14), que são protegidos contra os attentados que podem comprometter a organização politica e o funcionamento regular dos poderes publicos ou a receita publica.

c) O *objecto do crime*. Diz-se *material* quando se considera a materia em que recahe a actividade physica do delinquente (*homem* ou *coisa*): diz-se *objecto juridico* quando se considera o bem juridico, isto é, o interesse humano protegido pela norma legal, violado ou posto em perigo pelo delinquente.

O objecto material pôde identificar-se com o sujeito passivo, quando a acção criminosa recae sobre o homem, que é ao mesmo tempo o titular do bem juridico offendido. Assim, no homicidio, o homem é objecto material da acção e é sujeito do bem juridico (vida) offendido pela acção, isto é, sujeito passivo.

d) A *acção* ou *omissão*, isto é, *causação* ou não impedimento do resultado danoso (n. 19). É a *materialidade* do crime, quer no aspecto subjectivo, isto é, os *actos* praticados pelo agente, quer no aspecto objectivo, o *damno physico* produzido, aspectos que formam o *corpus delicti*, em sentido amplo.

e) A *imputabilidade*, isto é, o laço moral que permite referir a acção ou omissão ao agente, e consistente na *voontade* intelligente e livre (n. 79).

f) A *culpabilidade* ou a falta mais ou menos grave do dever ou da obrigação por parte do agente (dolo ou culpa).

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

81. — Mostrámos em que consistem o crime e a contravenção e quaes as diferenças que os extremam (ns. 23, 24, 79 e 80).

O crime, quanto ao elemento psychico ou moral, suppõe o dolo isto é, a intenção de commetter a acção ou omissão, que o constitue, ou a *culpa*, isto é, a falta de previsão das consequencias da acção, podendo e devendo o agente prevel-as; quanto ao elemento physico ou material objectivo, suppõe a *lesão effectiva* ou *potencial*, isto é, a lesão pela qual um bem juridico ou direito determinado é destruido ou soffre diminuição no seu valor, ou é posto em situação de *perigo concreto*, pela maneira determinada especialmente pela lei.

A contravenção suppõe também um elemento psychico e um elemento material, diversificando, porém, em um e em outro do crime de modo claro. Quanto ao elemento psychico, requer tão sómente a *voluntariedade da acção*, prescindindo do dolo e da culpa como condições de punibilidade; são elementos estes indifferentes para sua existencia.

Quanto ao elemento material, não requer lesão effectiva ou potencial de um bem juridico determinado, por isso que a acção é punida como infracção de um dever generico, por envolver *in abstracto* a possibilidade de um perigo para certos bens juridicos, ou como infracção de uma condição ou norma de conducta, de que depende a tutela de um direito ou de uma esphera generica de direitos. A producção da lesão, ao em vez de ser da essencia da contravenção, transforma-a em crime, se o direito assim violado é directamente protegido pela lei penal.

A definição do art. 8 caracteriza a contravenção de accordo com a concepção exposta, isto é, como mera desobediencia de preceitos legais.

Effectivamente, como elemento psychico, exige apenas a voluntariedade, e não tambem a *culpabilidade*, como no crime, e como elemento material uma acção *violadora*, ou uma omissão, isto é, *falta de observancia das disposições preventivas das leis e dos regulamentos*, abstrahindo-se do resultado, o que bem claro fica com o emprego do adverbio — *unicamente*.

A contravenção se integra, pois, desde quando o agente age voluntariamente, violando, isto é, por acto positivo infringindo, ou, por acto negativo deixando de observar as disposições preventivas das leis ou dos regulamentos.

Cotejando a definição do art. 8 com o dispositivo do art. 2, verificamos desde logo uma harmonia no conceituar a contravenção, porquanto se neste dispositivo é considerada como acção ou omissão violadora da *lei penal*, na definição abrange tambem as *disposições regulamentares*.

Consequencia da preocupação de querer definir tudo.

A disposição do art. 8 é reprodução literal do art. 3 do codigo penal portuguez, com a suppressão da clausula final — *independente de toda a intenção malefica*.

Criticando esta disposição, diz SILVA FERRÃO : “Se na contravenção ha facto voluntario punivel; se o que pratica *por vontade* qualquer facto que a lei prohibe *faz mal* com *intenção* de o fazer; se, portanto, em geral a toda e qualquer infracção da lei quadra o nome de *maleficio* como se estabelece no moderno código dos Paizes Baixos, arts. 1, 2 e 3, e bem se estabelecia em nosso Cod. de 1830, art. 1, como é que o caracteristico das contravenções é a *independencia de toda a intenção malefica* ?” Semilhante critica, que é acomida por MACEDO SOARES, é de manifesta improcedencia, já porque se accentúa tambem na definição, como requisito differencial, a ausencia de lesão effectiva ou potencial, já porque parte da confusão entre acto *voluntario* e acto *intencional*.

Ha intenção criminosa quando a vontade do agente se dirige para o acto incriminado, ou quando o agente, conhecendo a immoralidade do acto, quer, entretanto, commettel-o; ha acto simplesmente voluntario quando o agente não se propõe, como fim de sua acção ou omissão, o commettimento do delicto ou infracção que resultou de sua actividade. Na contravenção o que se exige é que o agente tenha agido voluntariamente, isto é, sem coacção mechanica ou psycho-physica, sem necessidade de indagar se tinha intuito de violar o preceito legal.

Depois, a clausula final do art. 3 do codigo portuguez tem por fim accentuar que na contravenção não se requer o dolo ou a

intenção malefica, mas a culpa, o que bém patente torna o art. 4, estatuinto: “nas contravenções é sempre punida a negligencia.”

O nosso codigo, eliminando aquella clausula, seguiu a theoria que faz consistir o elemento psychico da contravenção na simples voluntariedade da acção, independente de intenção (*dolo*) ou de *culpa*, consistente na possibilidade de prever o resultado prejudicial da acção.

Praticada voluntariamente que seja a acção, pouco importa que o agente tenha agido com boa fé ou crente na sua legitimidade; é passivel de pena. Se da acção resultar damno, e o agente tiver agido com intenção de infringir o preceito legal, teremos o crime intencional, figurando a contravenção como acto preparatorio ou de execução; se o agente procedeu sem a intenção criminosa, teremos, não obstante, crime culposo, tanto mais quanto a possibilidade e o dever de previsão derivam do preceito preventivo que prohibe o facto a titulo de contravenção.

Assim, repellida foi a theoria, que predominou na escola franceza, e que sustenta bastant a simples materialidade do facto, sem nenhum elemento moral, para a punibilidade da contravenção, theoria que alli ainda encontrou limitações, admittindo-se a justificativa do estado de necessidade (CHAUVEAU e HELIE).

Acolhida teve, antes no nosso codigo, a theoria da escola toscana, sanccionada pelo Regulamento toscano de policia punitiva e pelos modernos codigos, exigindo-se como elemento psychico da contravenção a voluntariedade da acção.

82. — O nosso legislador não se manteve fiel ao criterio adoptado para distinguir a contravenção do crime, porquanto, qualificando, na parte especial, as diversas especies de contravenção, em alguns casos faz depender sua existencia da intenção malefica, como nos arts. 365, 373 e 381; em outros casos faz, da lesão effectiva dos bens juridicos, elementos integrante da contravenção, como nos casos dos arts. 366, 380, 381, 390.

Nestes casos, pois, a distincção entre crime e contravenção está apenas na denominação, já que criterio differencial algum offerece o codigo. Além disso, não firmou, como lhe cabia, o que fosse peculiar ao crime e á contravenção, em se tratando da autoria e cumplicidade, das causas derimentes e justificativas da responsabilidade penal, das circumstancias aggravantes e attenuantes, etc., só se referindo ao crime, esquecido talvez da classification que fez das infracções, no art. 2, e da respectiva definição (arts. 7 e 8). São pontos que apreciaremos opportunamente, nos logares respectivos.

### 83 — Jurisprudencia brasileira.

I. — O caracteristico juridico das contravenções é o *damno potencial*, na phrase dos criminalistas italianos, a *possibilidade do*

*evento*, como se exprimem os escriptores francezes. O legislador pune o acto, não porque causou elle algum mal, mas na previsão do mal futuro, pela possibilidade do perigo pelo interesse de garantir e acautelar a segurança publica. O individuo que traz consigo uma arma offensiva sem empregal-a não está aggreindo a vida alheia, mas o simples facto de trazer consigo esta arma constitue uma contravenção, porque a arma lhe proporciona a facilidade de commetter um crime, porque em determinada occasião póde empregal-a. Todo o crime se compõe de dois elementos, o elemento material, o facto, e o elemento moral, a intenção ou a culpa. Sem o elemento moral, sem a intenção ou culpa não ha crime. Assim não são criminosos os loucos e os coactos, assim não constitue crime o homicidio commettido casualmente no exercicio de um acto licito, feito com a attenção ordinaria. E' a maxima immortal já formulada pelos jurisconsultos romanos — *in maleficis voluntas spectatur, non exitus*.

As contravenções, pelo contrario, são puras creações politicas, se constituem pela simples infracção da lei independentemente da intenção criminosa. Facil é distinguir a contravenção do delicto.

Se ha apenas a possibilidade de um evento, a previsão de um mal futuro, o facto constitue uma contravenção.

Se houve um damno, é um delicto intencional ou culposo, se o agente propositalmente quiz o facto ou se é elle resultado de sua ignorancia ou de sua imprudencia, dualidade mais frequente do conceito da culpa.

Trazer um carro em disparada em rua de grande transito é uma contravenção, pela possibilidade do perigo para os transeuntes. Mas, se este vehiculo atropella e contunde alguém, não ha mais uma contravenção e sim um delicto, houve um accidente e alguém soffreu pela imprudencia do cocheiro (*Accord. do Cons. do Tribunal Civil e Criminal do Districto Federal, de 16 de setembro de 1902*).

**OBSERVAÇÕES** — O accordam, de que foi relator VIVEIROS DE CASTRO, incorre em censura quando diz que o caracteristico juridico das contravenções é o *damno potencial*, porquanto este, que é o *perigo em concreto*, a situação em que, attentas as circumstancias occurrentes no momento do movimento corporeo do agente e segundo juizo imparcial, dá-se a possibilidade immediata e portanto, o fundado receio de que se siga offensa, é peculiar a uma classe de delictos, os delictos de periclitación ou *Gefährdungsdelichte*, como dizem os allemães, muitos dos quaes se encontram no nosso codigo, t. 3, caps. 1, 2 e 3, t. 10, cap. 6, etc. do livro II. O que caracteriza a contravenção é o perigo *in abstracto*, a possibilidade do evento danoso, que a lei presume, como sequencia normal de uma acção, *independentemente das circumstancias da mesma acção*, e por isso pune sem ter em conta a occurrencia real do perigo (ns. 23 e 81).

Depois, o característico juridico das contravenções está também no elemento psychico, que se constitue só pela *voluntariedade*, isto é, pela sciencia e consciencia da propria acção, sem necessidade de cogitar-se do dolo ou intenção malefica ou de culpa, o que aliás reconhece o *accordam*.

II. — As contravenções são constituídas pelo facto material da desobediencia ás prescripções legais, independente da intenção criminosa (*Accord. do Tribunal da Relação de Minas, de 20 de julho de 1915*).

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

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

Art. 11.º 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.º Reputar-se-á consummado o crime, quando reunir em si todos os elementos especificados na lei.

84. — A regra do art. 9 é inutil diante dos dispositivos dos arts. 7, 11 e 12, que definem o crime consummado, e do art. 13, que define a tentativa, e por cujos dispositivos se vê que as unicas modalidades puniveis são o crime consummado e o tentado.

Sem redundancia, e sem necessidade da definição do art. 7, cujos defeitos salientamos, o legislador poderia ter dito, em sua disposição — “O crime consiste na realização de todas as circumstancias mencionadas na sua qualificação”, e em outra disposição — “E' também punivel a tentativa do crime, quando, etc. (segundo-se a sua definição).

Pelo contexto daquellas disposições, se vê que se referem tão sómente ao crime e não á contravenção, declarando o art. 16 que não é punivel a tentativa da contravenção, e sendo a consummada conceituada no art. 8, e apontada no art. 2 como uma das modalidades violadoras do preceito legal.

85. — Para se apreciar devidamente a orientação do legislador necessario é ter em vista os momentos ou phases por que pôde passar o delinquente no *iter criminis*, como chama ALCIATO a direcção tomada pelo agente da phase interna (*cogitatio*) para a phase externa,

em busca do alvo visado (*meta optata*), e ver em quaes desses momentos a repressão se impõe como necessidade social. Em primeiro logar, temos a phase interna, comprehensiva dos seguintes momentos I) a *deliberação intellectual*, que por sua vez presuppõe os seguintes momentos: a) concepção da idéa criminosa, bem como da contraria, entre as quaes é preciso escolher; b) concepção dos *motivos* ou razões de ordem intellectual, e dos *moveis* ou razões de ordem sensível (impulsos da sensibilidade), que militam pró ou contra a idéa criminosa; c) exame e comparação desses motivos e moveis ou *deliberação propriamente dita*, apreciando o espirito as razões da acção; d) *juízo* ou reconhecimento da preferencia de uma dellas; II) *determinação* ou *resolução*, que constitue a essencia mesma do acto voluntario, e consistente na escolha entre as diferentes alternativas, ou na opção de uma dellas. Descrevemos assim esses phenomenos internos, de accordo com a psychologia espiritualista, que inspirou o codigo, pois segundo a psychologia experimental, não ha escolha, pois surgindo a idéa criminosa e triumphando no embate com as contrarias, constitue o *motivo*, e quando esse triumpho é definitivo, dá-se a *resolução*, seguindo-se como consequencia uma acção ou inacção.

Como quer que seja, emquanto a resolução de commetter crime permanece na consciencia ou no fôro intimo, não se pôde cogitar de punição, já porque não perturba a ordem social, já porque seria necessario uma pesquisa attentatoria aos direitos individuaes, em razão das difficuldades da prova, já porque a resolução não pôde ser considerada e tratada como irrevogavel.

*Cogitationis pœnam nemo patitur*, é o principio que vem já consignado na lei romana, frag. 18, Dig. de *pœnis*, como garantia da liberdade individual, e ao mesmo tempo como criterio para o exercicio do direito de punir por parte do Estado.

Externada, porém, a resolução criminosa, e desde que não se siga logo a consumação do crime, podem ser assignalados os seguintes momentos ou phases do *iter criminis*: a) *actos preparatorios*, pelos quaes o agente realisa as condições materiaes exigidas para que se torne possível a execução do crime (concerto com outros agentes, estudo do tempo e logar, procura de instrumentos, etc.); b) *começo de execução do crime* ou inicio dos actos que entram na esphera da consumação do crime, sem que fique lesada a objectividade juridica do mesmo crime, mas claramente a ella dirigidos, e interrompidos, quer expontaneamente, quer por circumstancias independentes da vontade do agente (*tentativa imperfeita*); c) *execução completa dos actos*, sem que o resultado necessario para a existencia legal do crime tenha sido obtido (*tentativa perfeita* ou *crime falho* ou *frustado*); d) *execução completa dos actos*, mas em condições taes que o resultado determinado pela lei era impossivel (*crime impossivel*); e) *consumação do crime*.

Determinar qual dessas fases autoriza a repressão, é assumpto de accentuadas divergencias doutrinarias, com reflexo na jurisprudencia, originando-se as duas theorias chamadas *objectiva* e *subjectiva*.

86. — Para a theoria objectiva, que é a acceita pela escola classica e legislações que nesta se inspiráram, a punição só se justifica quando o agente chega a praticar actos capazes de produzir o resultado criminoso, isto é, quando começa a execução do crime, na fórmula da tentativa imperfeita ou da tentativa perfeita, porque é só então que a ordem social se sente perturbada seriamente, é só então que a intenção de commetter crime se revela de modo inequivoco. Não é tudo: para muitos dos seus sectarios, é preciso ainda a idoneidade absoluta dos meios e do objecto visado, radicalismo a que não chegam outros, que fazendo distincção entre idoneidade absoluta e relativa, nos meios e no objecto, só exigem esta, ponto de vista acceito pelo nosso código, no art. 14.

A punição não pôde ter logar quanto aos actos preparatorios por serem equivocos, por não indicarem a intenção precisa de commetter um crime determinado, assim, a escalada, a entrada na casa de outrem, ou não implicarem necessariamente uma intenção criminosa, como a compra de uma arma.

Seja mesmo manifestada a intenção criminosa, por confissões ou outro modo, e o individuo não poderá ser punido.

Certo que o conhecimento de uma resolução criminosa é causa de inquietação social, mas não pôde dar logar á applicação de pena. Cabe, então, á policia intervir no sentido de evitar ou impedir que se realise o delicto e não á justiça reprimir sua concepção.

Todavia quando a intenção criminosa se refere á realização de delicto grave contra uma ou mais pessoas, e é manifestada ás mesmas de modo a determinar-lhes constrangimento moral, pôde ser considerada *ameaça*, e tornar-se punivel como delicto especial.

Más é de ponderar que nesse caso, como na conspiração, na associação de malfetores, pune-se não a resolução de commetter crime, mas um facto, que por si só já causa perturbação social, já creá um perigo proximo.

E' isto que reconhece e sanciona o art. 10 do nosso código, deixando impune a resolução de commetter crime, quando *manifestada por actos exteriores que não constituem começo de execução, salvo se constituirem crime especificado na lei*. Contra a theoria assim concebida, especialmente na sua fórmula radical, tem-se objectado que, de uma parte, concedendo diminuição de pena, em caso de tentativa, beneficia o criminoso, que não merece, pela unica razão de não ter sido consummado o crime e conseguido o mal que desejava, ainda que seus sentimentos perversos não tenham desapparecido no curso da accção; de outro lado, lhe é assegurada a impu-

nidade quando, máo grado seu, empregou meios que não podiam surtir effeito, deixando-se sem repressão uma vontade criminosa que se affirmou claramente.

Para a *theoria subjectiva*, desenvolvida por VON BURI, na Alemanha, a repressão se justifica desde que seja manifestada a vontade criminosa, muito embora a inidoneidade dos meios ou do objecto.

E' o ponto de vista acceito e desenvolvido pela escola positiva italiana, para a qual o delicto é o signal exterior, a manifestação material e social da temibilidade do delinquente, pelo que a constatação desta, mesmo por actos preparatorios, não pôde eximir-se da repressão. E não ha que distinguir, para a penalidade, entre tentativa perfeita ou imperfeita e consummação, porquanto não dependeu do agente que o delicto não se consummasse ou se referisse a objecto improprio.

Revelada sua temibilidade, o que se deve ter em vista é a categoria anthropologica do delinquente, para adaptar-lhe o tratamento adequado.

Contra esta *theoria*, especialmente quanto ao exclusivismo que apresenta na escola italiana, tem-se objectado que constitue um perigo serio de incertesa e de arbitrio, por isso que autorisa o julgador a punir todo acto em que encontrar a prova de uma resolução certa de violar o preceito legal, compromettendo-se assim a segurança e a liberdade dos individuos, e creando-se um novo regimen de suspeitos.

Evitando esse escolho, o nosso legislador manteve a orientação tradicional, e como se houve veremos nos commentarios que se seguem.

87. — Declarando puniveis a tentativa e o crime consummado, o codigo não destaca, com tratamento especial, como fazem os codigos italiano, portuguez e outros, a *tentativa perfeita* ou *crime falho*.

Assim, tenha a delinquente iniciado a execução do crime, que é impedida por circumstancia supervenientes (*tentativa imperfeita* ou *não acabada*), quer tenha praticado todos os actos da execução, sem que o resultado necessario para a existencia legal do crime tenha sido obtido (*tentativa perfeita, acabada* ou *crime falho*), é sujeito á uma só penalidade, como agente de uma tentativa, muito embora na definição desta se assignale, como momento caracteristico, *um começo de execução* (art. 13). No codigo penal francez, art. 2, se distinguem claramente as duas modalidades, declarando-se punivel "la tentative manifesté par un commencement d'exécution, qui n'a été suspendue ou qui n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur".

O nosso codigo, não fazendo semelhante distincção, ateve-se á

orientação do anterior código em cujo apoio se invocam razões de ordem theorica e de ordem pratica.

Se para ROMAGNOSI, que excogitou a figura do delicto *frustrado*, este é “o que se consumma subjectivamente, isto é, em relação ao agente, mas não objectivamente, ou a respeito do objecto contra o qual se dirigia ou pessoa que soffreria prejuizo”; para os autores allemães, fazendo a distincção entre *tentativa perfeita*, e *tentativa imperfeita* ou *não acabada*, comprehendendo aquella além dos casos em que o resultado é ainda duvidoso ou mesmo certo, o crime falho (certesa da não realisação do resultado), como subdivisão da tentativa impossivel, não ha um criterio uniforme para caracterisar tal modalidade.

Para uns, a tentativa perfeita se vérifica quando o agente fez tudo quanto de sua parte *era necessario* para a consummação do crime (por ex: pôr fogo ao rastilho em communição com a bomba); para outros, o agente deve ter feito tudo quanto *suppunha* necessario para a consummação do crime (pôr fogo ao rastilho que suppunha estar em communição com a bomba): para outros, o agente deve concluir a acção dirigida ao effeito, sem obtel-o. Determinar praticamente qual dessas situações se verifica, é tarefa as mais das vezes dè impossivel realisação, diante da habilidade do criminoso e da variedade de formas porque se pôde manifestar o crime.

88. — Os arts. 11 e 12 se occupam do crime consummado, e têm como fonte os arts. 37 e 38 do código penal da Baviera, que assim dispõem:

“Um crime será reputado consummado (*vollendet*), quando o acto criminoso reunir em si todas as condições especificadas pela lei na definição do dito crime (art. 37).

“Quando uma das condições desta definição légal fôr que o acto culpado tenha produzido uma consequencia e um effeito determinados, o crime não será reputado, consummado, senão quando esta consequencia e este effeito tiverem logar, suppondo além disso o acto em si mesmo completamente acabado (art. 38).

Como se vê, no art. 37 se enuncia uma regra geral, e o art. 38 um caso especial. Mas o nosso legislador, trasladando essas disposições, não guardou a ordem logica em que são enunciadas, pois trata primeiramente do caso especial no art. 11, e da regra geral no art. 12.

Além disso, substituiu o termo — *condição*, pelo de — *elemento*, que não tem o alcance daquelle.

*Condição* é a circumstancia de que se faz depender um deter-

minado efeito, ao passo que *elemento* se diz propriamente do que entra na constituição de uma coisa e serve para formal-a, e assim se diz que o delicto se compõe do *elemento material* e do *elemento intellectual* ou *psychico*.

No caso, encarado o crime quanto á sua externalização, procura-se saber o que é preciso para que se reputa consummado, ou quaes as circunstancias de que se deve revestir o facto para ser tido como integrada a figura delictuosa.

Neste ponto de vista, o commentario official do codigo da Baviera diz que os seus arts. 37 e 38, consagram a distincção entre *crimes formaes*, isto é, acções criminosas em si, independentemente de suas consequencias, e *crimes reaes*, isto é, acções subordinadas ao resultado.

O art. 38 (codigo penal, art. 11) offerece um exemplo da distincção. Com efeito, para comprehender o alcance deste artigo, diz o commentario official, é preciso comparal-o com o art. 37, que forma com elle um contraste de que resalta a sua explicação common.

O art 37 estabelece em principio que um crime é reputado consummado desde o momento em que reúne todos os caracteres enumerados na definição da lei.

Se, pois, a lei não exige, para constituir o crime, que os actos culposos sejam seguidos de efeito, como succede no caso de alta traição, este crime será reputado consummado, e a pena applicada, ainda que não haja resultado.

Ao contrario, se a lei faz depender a consummação do crime da realização de seus resultados, como no caso de assassinato, infanticidio, lesões corporaes, estupro, lenocinio, etc., não ha crime consummado se não se verificou a morte do offendido, o contacto carnal, etc.

Vê-se que esta opposição não é outra coisa mais do que a distincção entre crimes formaes e crimes reaes.

Para se saber, portanto, quando um crime póde ser reputado consummado, de accordo com as regras dos arts. 11 e 12 do nosso codigo, deve-se consultar a respectiva qualificação, por isso que as differentes qualificações sendo estabelecidas em vista da consummação, o crime consummado deve concordar com a sua qualificação.

Assim, as regras dos citados arts. 11 e 12 têm um alcance eminentemente pratico para determinação do fôro, para a applicação da pena, para a computação da prescripção, especialmente para resolver a questão da desistencia da tentativa.

Os crimes, que são reputados consummados sem a realização de um resultado, são principalmente: a alta traição (cod. penal, artigo 87); o envenenamento de fontes publicas (art. 161), a falsificação de actos publicos (art. 208), o perjurio e o falso testemunho na maior parte dos casos (arts. 261 e 264).

Os crimes que exigem a realização do resultado são em geral os crimes contra a pessoa e a propriedade.

Emfim; ha crimes que em um certo gráo exigem o resultado e não o exigem em outro gráo, como certos crimes politicos e a moeda falsa.

Pelo expendido se vê, como bem nota PUGLIA, que a noção de crime consummado é essencialmente juridica, e, por isso, em alguns casos não corresponde ao sentido commum.

Assim enganar-se-ia quem acreditasse que o crime não possa ser reputado consummado porque o agente não conseguiu o fim a que se propoz, como, de outro lado, admittir a consummação quando o agente tenha commettido todos os actos necessarios para conseguir o effeito desejado e este não tenha sido por elle attingido.

E' de notar, porém, que a distincção entre crimes formaes e crimes reaes só pôde ser acceita em termos, isto é, não porque nos chamados crimes formaes não occorra um resultado, porque a toda acção, e, pois, a todo crime, por força da idéa mesma, se liga um resultado qualquer apreciavel pelos sentidos, e sim porque nessa categoria de crimes, o legislador abstrahe aparentemente de um resultado ulterior, que, entretanto, tem em vista, o que é tambem verdadeiro nos delictos de inacção propriamente ditos.

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

Art. 14.º 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 máo emprego desses meios.

Paargrapho 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.

89. — Vimos que a tentativa representa o ponto central no caminho da execução do crime (ns. 85 e 86); e já ALCIATO dizia: *conatus in itinere, crimen in meta*, constituindo, por isso, um instituto fundamental, objecto de vastas lucubrações, formando theorias antagonicas.

Assente, porém, tem ficado, no ponto de vista legislativo, que para ser objecto de repressão, preciso é que a lei o declare expressa-

mente, por isso que na qualificação das diferentes infracções, o legislador tem sempre em vista o momento consummativo.

Para a doutrina dominante na generalidade das legislações, a tentativa representa um grão do crime, considerado na sua força physica.

Sem acceitação tem ficado, por isso, a doutrina dos que entendem que a tentativa constitue uma infracção por si, um facto que põe em perigo o direito (CIVOLI), ou que não passa de uma contra-venção de policia, punivel no interesse da justiça preventiva, só se justificando sua inclusão no código penal, quando seja meio para crime maior, caso em que se tornará circumstancia aggravante (BUCCELLATI).

Considerando-se a tentativa, como um grão do crime ou infracção, em geral, dahi a consequencia de revestir-se do character de um instituto de ordem geral, applicavel a todos os crimes, salvo naturalmente aquelles cujo conteúdo se manifeste incompativel com o conceito dessa modalidade delictuosa.

Se para os subjectivistas, a razão da punibilidade da tentativa está na necessidade de reprimir a manifestação da vontade perversa ou a temibilidade do agente, para os objectivistas, a cuja theoria se filiou o nosso código, a razão da punição está na situação de perigo que se crêa ao direito, não um perigo futuro ou de mera previsão, por exemplo, as qualidades e as inclinações más de um homem, mas um perigo que resulte de um *estado de facto*, tornando *imminente* a violação do direito em dado momento, ou, como diz CARRARA, um *perigo corrido* (*pericolo già corso*, em contraposição a *pericolo meramente oppreso*).

De outro modo, diz ainda, correr-se-ia o risco de punir a nua intenção delictuosa, e tambem as más inclinações, destruindo os limites entre o officio da moral e o da lei punitiva, confundindo as attribuições do magisterio penal com os classicos officios da policia, e assim derrocando os mais certos canones da imputabilidade politica.

Adoptando o mesmo criterio do perigo como fundamento da punibilidade, mas sem attribuir-lhe um valor absoluto, LISZT mostra que, independente da idoneidade ou não dos meios ou do objecto, a criminalidade da tentativa está no perigo do acto de vontade que por ella se manifesta.

Apreciamos esse perigo segundo o resultado, não de facto realisado, mas apenas representado na imaginação do agente.

O acto do agente, pois, é punivel pela direcção a esse resultado representado, por suscitar a *possibilidade immediata* de que tal resultado seja produzido, e a *possibilidade immediata* se dá quando o resultado só pôde ser evitado mediante circumstancias, cujo concurso não depende de nós nem pôde ser esperado com segurança.”

Como ainda diz CARRARA, o perigo, na tentativa faz a funcção

de *damno immediato*, pelo que não ha tentativa punivel se não ha perigo.

Assim, os elementos essenciaes de toda a infracção consummada, o moral e o material, que autorisam a punição, encontram-se tambem na tentativa, sendo o moral a *intenção*, e o material o *perigo*.

90. — Filiando-se á theoria objectiva, o nosso codigo define, no art. 13, a tentativa do crime, inspirando-se na definição do codigo anterior, art. 2, e na formulada pelo art. 8 do codigo penal argentino, que modificou, sem todavia corrigir. Dispõe este último codigo, no art. 8:

*Hay tentativa cuando la resolución de cometer un delito ha sido manifestada por actos exteriores que tengan relacion directa com el."*

No art. 9, tratando da punibilidade, estatue: "*La tentativa no está sujeta á pena cuando se desiste voluntariamente del delito.*"

Criticando esta definição, nota RIVAROLA que não extrema claramente os limites da tentativa punivel, não satisfazendo esse requisito a clausula vaga da *relação directa dos actos exteriores com o delicto*, porquanto essa relação é o resultado da comparação entre o facto produzido e aquelle a que se refere a intenção, e esses factos futuros não estão sujeitos á classificação alguma para determinar de antemão sua correspondencia. Dest'arte ao criterio racional dos magistrados fica decidir, nos casos occurrentes, se taes ou taes factos mantem ou não relação directa, ou equivalentemente, se constituem principio de execução de um delicto.

Depois o termo principal da definição da tentativa, segundo a redacção do texto, é a resolução de commetter o delicto, e devendo ser esta manifestada por actos exteriores, parece que estes sómente são uma prova da existencia do facto que a lei se interessa em punir, isto é, da resolução de commetter o delicto, quando isso não é o que visa a lei, mas os factos que não obstante não cheguem a produzir *damno* algum material, produzem *damno moral*."

O nosso codigo de 1830, inspirando-se no francez, punia, como crime ou delicto, a tentativa quando "*manifestada por actos exteriores, e principio de execução, que não teve effeito por circumstancia independentes da vontade do delinquente.*" Procurava, assim, discriminar os actos exteriores em remotos ou preparatorios, impuniveis por não attestarem uma resolução certa e persistente, e proximos e puniveis, como actos de tentativa, constituindo o *principio de execução*, a linha divisoria entre uns e outros.

A formula, porém, não determinando o que fosse esse principio de execução, determinação aliás impossivel em uma regra geral, como veremos depois, em nada aproveitava á administração da justiça. O legislador de 1890, em vez de deixar, como fôra mais

conveniente, ao critério da administração da justiça a classificação de dados actos em um ou outro daquelles grupos, entendeu firmar o que fosse começo de execução, e foi buscar no código argentino a clausula da *relação directa*, como sufficiente para tal caracterização, tentamen inocuo, pois, já vimos, que por vaga tal clausula não exprime uma directriz apta para nortear o applicador da lei. Depois, requisitos essenciaes á definição, segundo a theoria objectiva, que adoptou, não são nella incluídos, fazendo objecto de disposição distincta, como a *idoneidade dos meios e do objecto*, que se mencionam no art. 14, § unico, como requisitos indispensaveis á tentativa punivel. Para se verificar, pois, quaes sejam os elementos e requisitos da tentativa punivel, no systema do código, é necessario relacionar os arts. 13 e 14, e, então, verificamos que são os seguintes, em cuja apreciação vamos entrar: 1) intenção de commetter crime determinado; 2) actos exteriores e idoneos que, pela sua relação directa com o factio punivel, constituam começo de execução; 3) interrupção da execução por circumstancias independentes da vontade do criminoso; 4) possibilidade do fim a que se propõe o delinquente.

#### a) Intenção criminosa

91. — O termo *intenção* é empregado pelo legislador, no art. 13 e em outras disposições, não no sentido de *fim* ou *motivo* que determina a resolução, mas para denotar esta ou a vontade emquanto tende para o factio criminoso, o dolo, emfim, como é concebido pela theoria da vontade, elemento commum ao crime tentado e ao consummado, sem o qual a acção não poderia ser punivel, salvo os casos culposos.

Mas se no crime consummado, diz CARRARA, é o evento mesmo, o resultado, que manifesta a intenção do agente, porque, salvo demonstração em contrario, por parte do accusado, a presumpção juridica, inferida do curso ordinario das coisas, é que elle queria fazer isso que fez; na tentativa, não se verificando o evento, por isso que a execução é interrompida, para se imputar ao agente um resultado differente do que se produziu, é necessario provar que elle effectivamente o quiz.

Assim, o elemento moral da tentativa necessita de uma prova especifica, revestindo-se de caracteres particulares que não se requerem no crime consummado; por outra, a intenção, na tentativa, precisa ser *directa e perfeita*: é *directa* quando o effeito criminoso foi previsto e querido pelo agente, que o contou como resultado de seus actos, e que os executou precisamente para obter mais ou menos certamente esse resultado; é *perfeita* quando a intelligencia e a vontade estão no estado de *plenitude actual*. Por outra, na tentativa, o *dolo* deve ser *determinado*, deve haver manifestação inequi-

voca da violação do preceito legal, como uma garantia para o individuo e ao mesmo tempo um criterio seguro para a sociedade, que só deve punir com certeza.

O poder que têm os actos praticados de produzir a infracção do preceito legal, doutrina ainda CARRARA, não basta para que se possa tornar responsavel de uma tentativa o autor desses actos, se elle não conhece esse poder ou se não os tem praticado com uma intenção *dirigida precisamente* para esse fim. Na infinita variedade das relações entre o mundo physico e o mundo moral, é frequente que o homem, para attingir um fim dado, pratique um acto que não tenha em si poder bastante para tal, suppondo-o, no entanto, apto, como tambem frequente é que pratique um acto sufficiente para alcançar um certo fim, sem que este tenha entrado em seus calculos.

Uma coisa é, pois, que um acto tenha *em si* o poder de conduzir a um effeito, outra que o autor de tal acto *previsse* e *quizesse* esse effeito.

Para a tentativa, pois, é necessario a vontade explicita tendente a um fim determinado; é necessario ter a certeza de que o agente queria matar e não simplesmente ferir, quando na realidade feriu e não matou: em uma palavra, é necessario o *dolo determinado*.”

O nosso codigo exige que a intenção se externe assim directamente, estatuinto no art. 13: Haverá tentativa de crime sempre que, *com intenção de commettel-o*, executar alguém, etc., particularizando por esta fórmula o crime visado pelo agente, e nesse sentido se tem orientado a jurisprudencia.

92. — Mas se na tentativa, a intenção deve, além de *directa*, ser *perfeita*, isto é, a intelligencia e a vontade funcionando na plenitude actual, indaga-se se é admissivel aquella configuração delictuosa nos casos de impeto e quando o agente é dominado por vehemente paixão ?

Baseando-se no principio que na duvida deve-se suppôr no agente a intenção menos má, CARRARA deduz que a tentativa não se pôde adaptar a factos commettidos no transporte subito das paixões. E' preciso que naquella a quem se quer imputar uma tentativa de homicidio, a intenção positiva de matar resulte de circumstancias que tornem manifesto que a idéa de homicidio se apresentou claramente ao seu espirito, e que a preferiu á idéa do simples ferimento.

No caso do homem colerico, o *poder de matar* que se encontra nos meios empregados não é um bom criterio, a menos que esses meios tendam *exclusivamente* á morte, ou pelo menos que a morte seja sua consequencia ordinaria e quasi necessaria, e que não se possa acreditar que foram escolhidos pelo agente por causa de seu poder homicida.

Mas estes termos não convêm ao uso de uma arma cortante ou a uma arma de fogo, e aquelles que se apressam de dizer: *a arma empregada era própria para matar*, logo aquelle que feriu tinha a *intenção de matar*, não fazem um bom syllogismo.

Esse raciocinio é vicioso por tres razões:

1.<sup>a</sup> Porque concluindo dos *meios* empregados para o *fim* querido, *suppõe um calculo* naquelle que não agiu por *calculo*, mas em consequencia de uma perturbação subita.

Confunde assim a prova do *elemento material* da tentativa com a prova do *elemento intencional*, e mesmo rejeitando a custa dos principios fundamentaes a necessidade deste elemento, faz nascer a tentativa tão sómente da *idoneidade* dos meios empregados.

2.<sup>a</sup> Porque esquece esta verdade sentida de todos que o homem colerico se apodera do primeiro instrumento que lhe cáe sob as mãos, sem reflectir se o seu effeito será ou não homicida.

3.<sup>a</sup> Porque esquece esta verdade de experiencia que mesmo no emprego de armas cortantes ou de armas de fogo o resultado *mais frequente, mais ordinario*, é ferir, o menos frequente é matar. Esta verdade é demonstrada pelas estatisticas dos hospitaes e pelas dos processos criminaes.

Dahi a falsidade evidente do argumento que se reduz a estes termos: *Caius serviu-se de um instrumento que dez vezes causará a morte, mas trinta vezes causará sómente um ferimento; logo quiz a morte e não o ferimento.*

Não ha dialectica que possa cobrir o vicio desta argumentação.

Mas á regra que no transporte de paixão subita não se pôde admittir tentativa, por isso que ha lacuna no elemento moral, a intenção não é directa e perfeita, deve ser limitada pelas seguintes fórmulas:

1.<sup>o</sup> A tentativa é admissivel em tal caso quando os actos só podem conduzir a um unico resultado: assim, o factio de deitar fogo em um monte de palha só pôde conduzir ao incendio. Então, como não podemos suppôr que o homem (em qualquer estado de espirito em que se encontre) tenha agido sem querer *alguma coisa*, é de necessidade logica, presumir querido o *unico effeito* que responde ao acto commettido.

2.<sup>o</sup> Quando aos actos commettidos no transporte da paixão podem responder dois effeitos differentes (por exemplo um ferimento ou a morte), deve-se sempre admittir o menos grave: *semper in dubiis id quod minimum est eligendum.*

Não se poderia negar que a perturbação da alma torne *dúvida*, a direcção para tal fim antes que para tal outro, e isto basta. O dolo fica indeterminado, e com o dolo indeterminado não pôde concordar a idéa da tentativa do delicto mais grave (CARMIGNANI, ROSSI, GIULIANI, HAUS, TOLOMEI).

93.— A doutrina que julga incompatível a tentativa com o dolo indeterminado, como vem exposta, tem encontrado forte impugnação por uma pleiade de juristas, com acolhida por muitos tribunaes. É de notar primeiramente que a noção de dolo indeterminado, como vem firmada especialmente por autores francezes e italianos, e donde parte aquella doutrina, é inaceitavel, por erronea. Diz-se que o dolo indeterminado se caracteriza pela *intenção generica de fazer o mal* (PESSINA), ou *intenção indeterminada de prejudicar* (HAUS), conceito inaceitavel logica e psychologicamente, porquanto com a idéa de dolo não se conciliam a indeterminação do designio criminoso e a ausencia de clareza relativamente á direcção da vontade (ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA).

Na exacta noção, firmada por juristas allemães, o dolo indeterminado se caracteriza pela previsão de um resultado produzido de um modo mais ou menos determinado, isto é, ou eventualmente (ferir, ainda que mate), ou alternativamente (ferir ou matar). Em qualquer destas modalidades, observa SCHVARZE, o dolo é a expressão de uma reflexão, especialmente clara, sobre as consequencias possiveis do acto.

Quem previu, diz LISTZ, acompanhado por OLSHAUSEN e MEYER, que mataria ou feriria, responde por tentativa de morte, mesmo quando o seu acto só tenha causado ferimento ou tenha sido de todo inefficaz. O dolo abrange um e outro dos resultados previstos, e o momento determinante da responsabilidade do agente deve ser o do mais grave.

Esta fôrma de dolo, doutrinam tambem KOESTIN, SCHUETZ, BINDING, SCHVARZE, não exclue a idéa de tentativa, por isso que não ha ahí a vaga previsão, a incerteza de que falla CARRARA.

Accresce notar, diz COSTA E SILVA, que não ha que distinguir o elemento subjectivo da tentativa do da consummação, e desde que para a punibilidade desta não se exige que o resultado tido em vista seja esperado com certeza, bastando que seja previsto como possivel, o mesmo deve acontecer com relação á tentativa.

Em virtude da imperfeição do imperio exercido pelo homem sobre as forças da natureza, o effeito querido nunca é uma consequencia necessaria do acto praticado, mas apenas uma consequencia possivel. Esta possibilidade é sufficiente para que se verifique e seja punivel a tentativa (BAUMGARTEN).

Depois quando CARRARA quer tornar responsavel tão sómente por crime de ferimento aquelle que, com armas perigosas ou mortíferas, accommetteu a outrem, sob o fundamento de que não se póde asseverar que o effeito que ás vezes se realisa, outras não, seja intencional, estabelece um principio cujas consequencias elle mesmo não se animaria a aceitar e defender.

Não raramente a bala deixa de ir ter ao alvo, nem mesmo fere; e, em tal caso, applicando esse principio, a logica obrigaría a man-

dar em paz o acusado, pois de seu acto nem sequer a intenção de ferir se pôde deduzir. Quanto á estatística, tem a objecção o inilludível defeito de todos ou quasi todos os casos congeneres da mesma origem: assenta em dados que se prestam a mais de uma explicação.

Assim, por exemplo, o pequeno coeﬃciente da mortalidade nas batalhas poderá ser attribuido, além de outras razões, ao emprego de armas humanitarias, armas que não são as mesmas de que se servem os particulares nas lutas privadas.”

Observa CASTORI, que, negando a possibilidade da tentativa nos casos de impeto, CARRARA não deixa de ser incerto e mesmo contradictorio, pois conclue por admittir a tentativa quando o acto conduz a um só resultado possível, e que só na duvida se deve admittir o resultado menor, mostrando assim não acolher em toda amplitude o principio que proclamou.

Sustentando que em caso de impeto o meio empregado pelo agente não fornece criterio seguro para ajuisar-se da sua intenção, a não ser quando o meio se refere quasi necessariamente á morte e se tenha razão para se acreditar que fosse, por isso, escolhido, termina por negar a possibilidade da tentativa nos outros casos, quando a unica dedução logica seria que, aos meios usados, como substrato material da tentativa, se reunissem outros elementos probantes do elemento intencional.

Da diﬃcultade de se provar a intenção, nos casos de impeto, não se deve concluir pela incompatibilidade da tentativa com esse estado de animo.

Quando a acção pôde conduzir a dois eventos, um mais grave do que o outro, deve-se presumir o menor, presumpção, porém, que deve ceder ante a verdade todas as vezes que a accusação possa demonstrar a intenção directa ao crime mais grave. Procurando-se provar que a intenção foi de matar antes que ferir, certamente a qualidade da arma não bastará para justificar a convicção do crime maior, mas se a esse elemento outros dados sejam accrescentados, como as declarações successivas do acusado, as partes do corpo contra as quaes se dirigiam os golpes, a sua reiteração, embora infructifera, seria injusto punir com penas leves quem quer commetter um gravissimo crime, só porque agiu por subita excitação de animo, e não após ponderado exame.

Se o agente tivesse morto, o impeto não lhe aproveitaria para ficar impune; porque, pois, ficar isento de responsabilidade, quando por accidente, ficou nos limites da tentativa?”

No mesmo sentido argumenta LONGO, mostrando que a doutrina de CARRARA pecca pelo excesso.

Se é certo que a paixão vehemente influe sobre a faculdade de calcular e de escolher entre diversos meios e diversos fins de offensa, a regra não é absoluta.

O mesmo calculo, a mesma escolha se verificam de modos diversos, ora friamente, ora rapidamente; a difficuldade está na pratica, quando dos actos praticados se procura inferir a intenção que animava o agente.

Depois a acção impetuosa não será de tal ordem a tirar a consciencia dos proprios actos e a intenção póde ser constatada, tendo-se em vista: *a)* a natureza do motivo que impelliu o agente; *b)* a qualidade do meio adoptado para defesa; *c)* a especie da offensa produzida; *d)* a probabilidade de fazer uso de diversos meios offensivos, é de ter sido preferido o que leva a uma especie peculiar de crime; *e)* os propositos expressos antes ou depois da acção, pelo indiciado; *f)* a sua indole.

Se é difficil a prova da tentativa nos casos de impeto, isto não impede que possa existir, e grave e manifesta injustiça é excluir *a priori* a existencia do crime maior, sómente porque o estado subjectivo do agente, algumas vezes, não deixa entrever o fim especial de sua acção (ROBERTI, LE SEYER, CONSENTINO, PAOLI, PESINA, ZUPPETTA, TRAVAGLIA, PUGLIA, MANZINI, HEPP). E' esta a solução aceitavel, por ter em vista a realidade, e não se basear em meras abstracções.

Tudo depende das circumstancias do caso dado, de cujo exame é que se póde aquilatar devidamente o estado mental do agente e da relação do acontecido com o representado em sua imaginação

### b) Principio de execução

94.— Não basta que a intenção criminosa se manifeste por actos *preparatorios*, isto é, actos que visam o commettimento do delicto e são destinados a tornal-o possivel ou a facilital-o; é necessario que sua externação se faça mais por actos de *execução*. porque só então é que ella se torna certa e persistente.

A distincção assim feita, em doutrina, entre os actos externos, teve acceitação em nosso codigo, que aos actos de execução, puniveis (art. 13), contrapõe os preparatorios, não puniveis, salvo a hypothese de constituirem crimes especificados (art. 10).

Determinar, porém, em fórmula bastante ampla e precisa, em que consistem uns e outros e quaes suas characteristics differenciaes, é o que não logrou firmar a doutrina, muito embora as innumeradas tentativas feitas nesse sentido.

Nem deve causar estranheza, porquanto o ponto preciso em que deve começar a execução de um crime, só póde ser determinado em cada caso, e não de maneira abstracta e geral.

O mesmo acto será um acto preparatorio, ora um acto de execução, segundo as condições em que intervier.

Dahi porque as fórmulas excogitadas só têm conduzido a descripções destituídas de valor.

Assim, ROSSI entende firmada a distinção com a fórmula: o autor de uma tentativa pôde dizer: *quero desistir*; o autor de simples preparatórios: *quero começar*.

Mas saber precisamente em que momento pôde pretender uma ou outra coisa, é o que não diz a fórmula, dest'arte inapta para o fim proposto.

CARRARA distingue os actos preparatórios dos de execução pelo criterio da *equivocidade* e *univocidade*, e os actos de execução dos de *consummação* pela presença do *sujeito passivo* desta, isto é, a pessoa ou coisa sobre que deve se consummar o crime.

Assim, são actos preparatórios aquelles que por versarem sómente sobre o *sujeito activo primario* ou *secundario* do delicto, podem ter uma interpretação diversa ou servirem mesmo para um fim licito: são *actos equivococ* em relação ao delicto.

São actos de execução, em sentido estricto, aquelles que, versando sobre o *sujeito do attentado*, já indicam o delicto visado pelo agente: são *actos univocos*, e constituem a *tentativa remota*.

São actos de consummação aquelles que se exercem sobre a pessoa ou coisa sobre a qual deve ser consummado o crime, e constituem a *tentativa proxima*, que se torna delicto perfeito desde que a violação do direito atacado seja consummada.

Se os actos de consummação são praticados sufficientemente, mas o evento não se produz por causa de um caso fortuito imprevisto, a tentativa terminou sua evolução juridica, e passa ao estado de *crime falho*.

Um exemplo melhor explicará as distincções feitas.

Ticio resolve matar seu inimigo emquanto este se entrega ao somno, e para isso se mune de uma chave para entrar no seu quarto, e de um punhal. Neste caso, a procura e obtenção dos instrumentos constituem actos preparatórios: o *sujeito activo secundario* do *attentado* é a chave falsa; o *sujeito passivo do attentado* é a porta que com aquella chave deve ser aberta; o *sujeito activo secundario* da consummação é o punhal, e *sujeito passivo* da consummação é o homem, que deve ser morto. Assim, se Ticio procurando abrir a porta, é impedido por terceiro, verifica-se, então, uma *tentativa remota* de homicidio.

Se, porém, consegue entrar e ao desferir o golpe contra seu inimigo, este desperta e rapido consegue detel-o, segurando-o pelo pulso, ou se isto é feito por terceiro, que intervem no momento, ha *tentativa proxima* de homicidio, passivel de pena.

Por este exemplo, se vê que, para CARRARA, a tentativa remota, nem sempre punivel, se distingue do acto preparatorio, distincção que não é feita por outros autores, tomando-os como equivalentes.

O criterio, porém, adoptado por CARRARA, para distinguir os actos preparatórios dos de execução não satisfaz, porque, tomada

a *univocidade* em sentido subjectivo, como certeza, é uma norma muito vaga, variavel segundo os julgadores.

Depois, reduzido assim o problema a averiguar se ha uma prova sufficiente da intenção que o agente tinha de commetter o delicto, pouco importa que a prova de tal proposito seja fornecida só pelo acto ou pelo acto auxiliado por provas extrinsecas. Tomado o termo em sentido objectivo e absoluto, pretender que a univocidade derive do acto mesmo e se funde em suas relações de causa e effeito com outros actos da mesma execução, é, diz CASTORI, desnaturar o conceito da tentativa, por isso que a sua subsistencia dependeria de um caracter simplesmente accidental, isto é, que o acto idoneo com que se iniciasse a execução seja tal que, abstractamente considerado, se revele meio para o fim do delicto.

Neste sentido, a univocidade só se poderia verificar nos momentos mais proximos da consummação.

O proprio CARRARA veio a reconhecer que o criterio proposto não se presta ao fim collimado, considerando sua doutrina "*forse empirica troppo e per conseguenza fallace (Reminiscenze di cattedrà e foro, pag. 336)*".

95. — Para se determinar o que seja *começo de execução*, necessario para a integração da figura da tentativa, segundo estatue o codigo penal francez, fonte dos nossos codigos, HAUS e GARRAUD ponderam que é necessario distinguir, na execução, *sensu lato*, duas categorias de actos: uns que formam o facto mesmo de delicto (*actos de consummação*), e outros que constituem actos visinhos do delicto formando seu *começo de execução*.

Sómente os primeiros não deixam nenhuma duvida sobre a intenção do agente, ao passo que os segundos têm um caracter menos determinado e devem ser approximados dessa intenção, cuja pesquisa preliminar se impõe aos juizes.

Não é indispensavel, com effeito, para que exista a tentativa legal, que o acto preciso, constitutivo do crime, seja começado, de tal sorte que se o agente tivesse acabado esse acto, teria consummado o crime ou feito, pelo menos, tudo o que era necessario para produzi-lo, por ex.: que o ladrão tenha posto a mão no objecto que quer subtrahir, o incendiario posto fogo na coisa que quer incendiar, etc.

Seria evidentemente recuar muito o momento em que se produz a tentativa, o exigir que o agente tenha chegado já ao ultimo acto do crime, que não lhe reste nada mais a fazer do que concluir este acto para acabar sua empreza.

E' necessario, mas sufficiente, que o acto do agente tenda *directa e immediatamente* ao commettimento do crime que teve intenção de realisar; por outra, basta o começo de execução do crime, por actos distinctos, que são mais que a sua *preparação*, sem, entretanto, ser a sua *consummação*.

Ha ahí uma *nuance* delicada a distinguir, que o antigo direito tinha analysado finamente, distinguindo a tentativa remota (*conatus remotus*), da tentativa proxima (*conatus proximus*), mas que não se deve exaggerar até confundir com a tentativa remota, como faziam os antigos autores, os actos puramente preparatorios.

Em uma palavra, o que a lei incrimina é o *começo de execução do crime*: a lei quer que o agente tenha começado não o crime mesmo, mas a execução do crime, o que não é sempre a mesma coisa."

Inspirado nesta intelligencia do texto do art. 2, do codigo penal francez, mantendo explicita a clausula do começo de execução, que alli se estabelece, como um dos momentos da tentativa, como o fizera o anterior codigo de 1830; fazendo consistir esse começo de execução na *relação directa dos actos exteriores com o facto punivel*, fórmula identica ao do codigo argentino, como já mostramos (n. 90), o nossó legislador traçou a definição do art. 13, que pecca, além de não incluir requisitos essenciaes, por encerrar fórmula tão vaga como aquella, inapta, pois, para o fim visado. Nestas condições, se o conceito legal dos actos de execução é vago e impreciso, ao juiz caberá a tarefa de precisar no caso concreto, em face das declarações do accusado e das circumstancias occurrentes, se o mesmo tinha intenção de commetter determinado delicto e se os actos por elle praticados podem ser considerados como começo de execução, *attenta sua direcção ás circumstancias constitutivas do delicto*, consoante sua definição ou qualificação legal. A indagação, pois, visa determinar:

1.º qual o fim *proximo* do agente, e dizemos *proximo* para denotar a *intenção criminosa*, e distingui-a do fim *remoto*, que é o *motivo* do crime (*finis operantis*);

2.º qual o fim dos actos por elle praticados (*finis operis*), se têm como resultado *immediato* a realização das circumstancias constitutivas do delicto (*corpus delicti*), caso em que podem ser considerados como de execução.

Na condição de ter como *resultado immediato* a realização do facto delictuoso, condição posta em relevo por GARRAUD, mas olvidada pelo legislador, temos o character differencial do acto de execução. Assim, se o agente já exerce a sua actividade por actos necessarios á realização das circumstancias constitutivas de um crime determinado, segundo sua qualificação legal, teremos *actos de execução*; se os actos praticados não se prendem directa e immediatamente aos elementos do crime, mas visam o seu commettimento, e se destinam a tornal-o possivel ou a facilital-o, teremos *actos preparatorios*, só puniveis quando constituirem crimes especificados (art. 10), por isso que, não indicam precisamente o facto delictuoso, susceptiveis sendo de mais de uma interpretação, e, pois, não indicativos de uma vontade certa e persistente.

A execução, pois, se constitue por uma série de actos, mais ou menos longa, conforme os casos, tendentes á consummação do crime, série que constitue a *quantidade* da tentativa.

Quanto menor fôr a série de actos que restam a ser praticados para a consummação do crime, tanto maior será a quantidade da tentativa, maior sendo o perigo corrido pela sociedade, e maior a imputação do agente, com a accentuação maior da perseverança do proposito criminoso.

Assim, para medir devidamente essa quantidade, nota CARRARA, os actos devem ser antes pesados do que contados; deve-se ter em vista antes a sua influencia do que o seu numero; por outra, a quantidade resulta de um calculo antes negativo, isto é, guardado o numero de actos que restam a ser praticados, em vez do numero de actos effectuados.

Consequentemente, só o exame do caso, com as normas indicadas, é que pôde resolver a questão.

95. — Os actos de execução, como os actos exteriores em geral, não são sempre actos materiaes. As proprias palavras podem tornar-se elementos da tentativa, quando deixam de ser simples manifestação de uma resolução criminosa, e tornam-se meios empregados para realisal-a. Assim, as ameaças proferidas com o fim de constranger um funcionario publico, as promessas ou offertas verbaes feitas para corrompel-o, constituem uma tentativa de constrangimento ou de suborno (HAUS).

Materiaes ou moraes, os actos de execução devem ser *idoneos*, isto é, aptos para attingir a meta anti-juridica, a lesão do direito que o agente se propõe conseguir.

Na definição do art. 13 não se cogita deste requisito, mas que é essencial para attingir a meta anti-juridica, a lesão do direito que o agente se propõe conseguir.

Na definição do art. 13 não se cogita deste requisito, mas que é essencial para a punibilidade da tentativa é o que declara o § unico do art. 14, onde se exige pelo menos a efficacia relativa do meio empregado.

Assim, mais um defeito sensivel notamos naquella definição, deixando de comprehender requisitos essenciaes para a configuração da tentativa punivel.

Da idoneidade do meio e do objecto nos occuparemos adiante, ao commentar o art. 14.

### c) Suspensão da execução

97. — Iniciada a execução, pôde ser suspensa, ou por acto voluntario do agente, ou por circumstancias independentes de sua vontade. No primeiro caso, temos a *desistencia*, *resipiscencia* ou *abandono*.

da tentativa ou tentativa abandonada, no segundo o impedimento da tentativa ou tentativa impedida. Assim, as causas de suspensão da tentativa são voluntarias ou internas e casuaes ou externas.

Sómente quando a tentativa é impedida, ou quando intervem circumstancias independentes da vontade do agente, fortuitas ou causadas pela vontade de terceiro, fazendo-o suspender a execução, é que ella é punivel, por isso que os actos que a constituem revelam a irrevogabilidade e persistencia da vontade criminosa, e, pois, creando e mantendo uma situação de perigo ao direito ou bem juridico cuja lesão é visada pelo agente.

Se o agente desiste voluntariamente da execução emprehendida, deixa de ter logar a punição, regra geralmente aceita, sendo em diversos codigos expressa, em outros implicita, como no nosso, *ex-vi* da clausula final do art. 13.

Questiona-se se para autorisar a impunidade a desistencia deve ser simplesmente voluntaria, isto é, oriunda de causas externas que poderiam ser superadas pelo agente, ou ser *exponanea*, isto é, resultante de motivos moraes internos.

Pugnando por esta ultima solução, CARRARA sustenta que para haver uma razão juridica de isenção de pena, preciso é que a desistencia provenha não só do arrependimento do agente, mas o arrependimento deve recahir sobre o fim criminoso, e não sobre os meios de execução, entendendo-se por meios todas as condições de logar, de tempo e de modo, com as quaes o agente tenha preordenado a execução do delicto.

Haverá apenas minoração de pena, descendo de gráo em gráo quando a desistencia resultar da influencia do caso ou das circumstancias externas.

A isenção ou a minoração de pena funda-se no principio de justiça que a cada um se pede conta do mal que fez, tendo-se, porém, em vista o bem que praticou, donde o principio que tanto menos se deve imputar a tentativa quanto mais se deve attribuir á vontade do agente o não aperfeiçoamento do delicto. Se é certo que a desistencia não pôde destruir a acção já commettida, tambem é certo que não occorrendo damno com a violação de um direito, a desistencia destróe isso que no facto importa á sociedade impedir, isto é, a violação do direito.

Na tentativa a razão de punir está no perigo, mas a sociedade não pôde ver perigo em attentados que, em meio caminho, se interrompem pelo arrependimento.

Cessando a razão de punir, a pena que mesmo assim fosse infligida, teria o effeito contraproducente de provocar a effectiva violação do direito, com negar effeito ao arrependimento.

Seguindo esta doutrina, o codigo penal argentino, depois de consignar em disposição distincta que "*la tentativa no está sujeta a pena alguma cuando se desiste voluntariamente del delicto* (art. 91),

estatué no art. 11: “*El que se detiene en la ejecución de un delito, pero con el propósito de consumarlo en otro tiempo, en otro lugar, sobre otra persona ó de cualquier otro modo, será castigado como si hubiese dejado de cometerlo por circunstancias independientes de su voluntad.*”

Criticando esta disposição, RIVAROLA a reputa súperflua e inexplicavel, porquanto o que se detem na execução do delicto com o proposito de consummal-o depois, não desistiu de sua resolução de commettel-o, nem deixou, em consequencia, de achar-se em caso de tentativa punivel, critica, como se vê desde logo, improcedente, porque o codigo cogita da desistencia dos meios e não do proposito delictuoso.

Outros autores objectam que não se pôde fazer distincção entre *desistencia do fim*, caso em que o agente renuncia definitivamente o proposito delictuoso, e *desistencia de meios*, caso em que, só abandona os actos executivos, adiando para outra occasião a execução de seu projecto, por isso que não se pôde penetrar no segredo das intenções.

Exigir esta prova por parte do accusado equivaleria a tornar sem applicação a theoria da desistencia; autorisar a prova do contrario, sustentado pela accusação, seria inutil, por isso que, como já se notou, ninguem pôde provar que quem desiste tenha no momento mesmo a intenção de renovar a acção.

Deve-se, pois, constatar apenas a expontaneidade do abandono dos actos emprehendidos ou levados a effeito, sem exigir-se que seja acompanhado do proposito de não renovar-os, desnecessario sendo tambem investigar quaes os motivos que produziram a resispiscencia, seja o arrependimento, o medo, sejam mesmo os motivos mais vís, acaso o desapontamento de ser insignificante o valor da coisa que se pretende furtar (LISZT, ROSSI, GARRAUD, HAUS, TUOZZI, JOÃO ROMEIRO, LIMA DRUMMOND).

Não são razões juridicas que autorizam a não punibilidade em caso de tentativa abandonada, mas utilitarias, a prevenção de delictos. “No momento em que o agente transpõe a linha divisoria entre os actos preparatorios impunes e o começo de execução punivel, diz LISZT, incorre ãa pena comminada contra a tentativa. Semelhante facto não pôde mais ser alterado, supprimido, ou annullado retroactivamente. Pôde, porém, a lei, por considerações de politica criminal, construir uma ponte de ouro para a retirada do agente que já se tornára passivel de pena. Ella o fez, convertendo em *causa extinctiva de pena* a *desistencia* voluntaria (Cod. penal allemão, art. 46).

E’ esta a solução mais accetavel, por não tornar inexequivel a desistencia, com seus consectarios.

98. — E' bem de ver que a desistencia é impossivel quando o agente não domina mais o facto e as suas consequencias, quer seja certa a producção ou não producção do resultado.

Dahĩ porque não se pôde verificar em caso de crime frustrado ou tentativa perfeita, o agente tendo praticado todos os actos necessarios para a consummação do crime.

Feita a desistencia opportunamente, quando o agente pôde impedir a consummação e em condições de se poder induzir que *não quiz mesmo continuar nos actos*, o que demonstra a expontaneidade de seu procedimento, fica isento da pena relativa ao crime tentado.

Tem-se, pois, na desistencia expontanea uma causa extinctiva de pena, e, portanto, que exime da pena já incorrida, e não causa dirimente da imputabilidade, por isso que deixa intactos os elementos constitutivos da tentativa punivel, afastando apenas a sancção penal, por considerações de ordem utilitaria.

Esta concepção tem importancia sob as mais diversas relações.

I — No concurso de varios agentes na acção delictuosa, a desistencia por um delles, pôde acarretar uma dessas consequencias:

1) Se é o autor intellectual e material (art. 18, § 1.º) quem desiste, praticados que sejam alguns actos executivos, a elle sómente aproveita a desistencia e não aos cumplices (art. 21).

Em face destes, a desistencia constitue uma circumstancia fortuita e independente de sua vontade.

2) Dado o concurso de dois autores intellectuaes e materiaes ou só materiaes (art. 18, § 4.º), a desistencia tambem só aproveita ao que a fizer opportunamente.

3) Se é o autor intellectual (art. 18, § 2.º) quem desiste, mas a desistencia só chega ao conhecimento do autor material, quando a execução tinha sido impedida por circumstancia independente de sua vontade, é evidente que a desistencia em nada aproveita ao desistente, por isso que é principio assente que ella deve ser a causa impediende da tentativa, pelo que faltando esta condição, o agente não pôde invocar o beneficio da lei.

4) Se a desistencia do autor intellectual chega ao conhecimento do autor material, quando este tambem já tinha desistido, a ambos aproveita o beneficio da lei, por isso que as razões que levam o legislador a dar efficácia á desistencia, concorrem no caso e relativamente a cada um dos agentes.

Se não houver concomitancia real de vontade, deve-se considerar como potencialmente occorrida.

De outro lado a isenção, muito embora de character excepcional, deve ser interpretada com certa latitude.

5) Se o cumplice desiste, mas não chega em tempo util a noticia ao autor, não lhe pôde aproveitar a isenção de pena, pelas mesmas razões adduzidas no 3.º caso.

6) Se a desistencia do cumplice é communicada em tempo aos autores, cumpre distinguir o caso em que os autores tambem desistem, a todos aproveitando, então, a desistencia, do caso em que os autores persistem na execução, impedida por circumstancias independentes de sua vontade, hypothese esta em que é preciso distinguir ainda quando o cumplice tenha excluido todos os efeitos de sua cooperação, e quando não o possa fazer.

No primeiro caso, o cumplice fica impune, por isso que é precisamente como não tivesse tomado parte alguma no delicto, e no segundo caso a sua desistencia não lhe aproveita, identica sendo a sua situação a daquelle que querendo desistir da obra criminosa, não está mais em tempo de fazel-o, pelo que deve sentir a punição merecida (LISZT, CASTORI).

II. — A impunidade se refere sómente á tentativa do crime que o agente tinha em vista commetter.

Se o acto de execução constitue por si mesmo um crime, tal como uma lesão corporal, uma violação de domicilio, etc., o agente não será punido em razão do crime que não quíz consummar; será passivel de pena pelo facto que commetteu e que forma umã infracção completa.

Assim, o individuo que desejando matar, deu o primeiro golpe e depois parou, podendo ter morto o offendido, não é culpado por tentativa de homicidio, e sim pela lesão praticada.

O art. 15, que apreciaremos depois, prevê o caso.

III. — Quando a lei pune os actos de tentativa como crimes especiaes, como nos casos previstos nos arts. 87, 107, 108 e 115, factos praticados contra a existencia politica da Republica, ou os actos preparatorios tambem como crimes especiaes, como no caso de provocação á pratica daquelles crimes (art. 126), o effeito dirimente da desistencia se dá tão sómente nos casos dos arts. 116 e 120, unicos previstos pela lei.

99. — A tentativa impedida, que é a punivel, é a que foi suspensa por circumstancias que accidentalmente impediram a terminação da execução já começada, circumstancias que podem provir de acto de terceiro ou de caso fortuito.

Nestas condições o agente mostra que tinha intenção criminosa irrevogavel e persistente, só o fortuito impedindo a lesão do direito que visava.

Ha, pois, manifesto perigo e dahi a punição.

As causas de suspensão da execução, neste caso, por concorrerem accidentalmente se chamam *causas casuaes*, e podem ser *physicas* ou *materiaes* e *moraes*.

As primeiras são aquellas que constituem um obstaculo material á execução do crime. Por ex.: Ticio, no momento de desfechar o revolver contra seu inimigo, tem o punho seguro por terceiro ou

pelo proprio aggreddido, ficando assim impossibilitado de usar da arma.

As causas casuaes moraes são aquellas que agem sobre a vontade do agente e o constangem a abandonar a execução de seu projecto criminoso, exercendo uma violencia moral sobre sua vontade. Ticio introduz-se em casa de outrem, e no momento em que procura arrombar o cofre para roubar os valores ahi contidos, ouve passos no commodo visinho, e, então, temendo ser descoberto e preso, foge precipitadamente.

Tanto as causas casuaes physicas como as casuaes moraes têm de commum a genese, pois provem do exterior, de um accidente, de circumstancia independente da vontade do agente; diversificam no modo de agir, as primeiras actuando physicamente, reduzindo o agente á impotencia, as segundas agindo moralmente, e não o impediriam de proseguir na execução se no caso fosse mais temerario. Por outra, e analogicamente, na causa physica temos o *invicto* (*agido e não agente*), e na causa moral, o *coactus* (*qui etiamsi coactus tamen voluit*).

As causas casuaes podem consistir em um factio, como na crença erronea sobre a existencia do factio, isto é, podem ser *reaes* ou *imaginarias*, identicas sendo as consequencias de um e outro caso.

Ticio podia abandonar o roubo emprehendido tanto por que realmente ouvio rumor de passos no commodo visinho e temia ser descoberto, quanto porque julgou ouvil-os, embora não se verificassem. A respeito da intenção do agente, ponto que se deve ter em vista, o caso real e o imaginario se equivalém.

Cumpra ter em consideração a distincção entre *causa moral* e *causa voluntaria*, por isso que se approximam muito, tendo de commum a vontade como causa directá de suspensão da execução.

Distinguem-se, porém, em que na causa moral o acontecimento, que violentou a vontade e lhe impoz um curso differente, é estranho ao agente, ao passo que na causa voluntaria provem de seu factio pessoal.

Exemplos: Ticio no momento de desfechar o tiro contra seu inimigo, detem-se movido pelo arrependimento, tocado pela piedade pelo aggreddido; obedece em tal caso a um sentimento pessoal, interno.

A causa impediénte da execução do crime é, então, voluntaria.

Caius no momento de desferir o golpe no inimigo, ouve ou acredita ouvir ruido de passos, vê ou acredita ver terceiro, e, por isso, detem-se e deixa fugir o aggreddido sem offendel-o, temendo ser descoberto.

Temos aqui uma causa casual moral, por isso que o factio, que deu curso diverso á vontade do agente, lhe é estranho.

Quando a desistencia voluntaria não é inteiramente espontanea, mas determinada tambem por uma causa externa, temos, na expressão de CARRARA, mixto de *causalidade* e de *vontade*. e, então,

preciso indagar qual é o elemento a que se deve attribuir a preponderancia: se o casual, a tentativa é impedida, e, pois, punivel.

Só o exame do facto é que póde elucidar a questão.

100. — A disposição do art. 14 e seu paragrapho, além de inutil, não prima pela clareza, de sorte que tem dado logar a interpretações diversas. Nota-se desde logo a impropriedade de dicção na expressão — *são considerados*, que deixa entender alguma coisa de convencional e ficticio.

Depois as disposições do corpo do artigo e do paragrapho não guardam ordem logica, porquanto a do paragrapho devia constituir o corpo do artigo, e a deste materia do paragrapho.

Nem necessidade havia, em rigor, de menção distincta da disposição do corpo do artigo, pois é um caso de impossibilidade relativa, e, pois, já comprehendido no paragrapho.

Em summa, trata-se no art. 14 da *tentativa vã*, ou como dizem os tratadistas francezes, do *crime impossivel*, que se caracteriza pela ausencia do resultado, devido a uma impossibilidade physica ou material de execução.

Sem necessidade da disposição do art. 14, o legislador, uma vez que faz timbre em adoptar a theoria objectiva, aliás sem a clareza precisa, deveria, a exemplo do codigo penal italiano, art. 60, inserir na propria definição do art. 13, a clausula de serem idoneos os meios empregados.

101. — Se para a theoria subjectiva, a tentativa ou crime impossivel não deixa de incidir em punição, para a theoria objectiva a sua punição é inadmissivel, razões juridicas não a fundamentando.

“Puisque la tentative, diz ROSSI, est un *commencement d'exécution*, il ne saurait y avoir tentative lorsqu'on se propose de faire l'impossible, ou lorsqu'on se propose de faire ce qui est possible par des moyens *absolument* hors de preportion avec le but... *car l'idée de commencement* suppose la *possibilité* d'attendre le but par l'application plus on moins prolongée du moyen.”

Em consequencia, o agente goza da impunidade assegurada á simples manifestação do pensamento criminoso.

Assim, a inidoneidade, quer dos meios, quer do objecto, destróe a noção de tentativa punivel, porque faz cessar o elemento material, o perigo.

Ponderou-se, porém, que a inidoneidade de um acto não destróe a idoneidade dos actos precedentes, pelo que uma serie de actos tendentes a um fim criminoso e aptos para attingil-o, muito embora seguidos de um acto inidoneo, se constituem um começo de execução, a tentativa, assim configurada, não deixa de ser punivel. O erro

que faz o agente tomar o acto posterior como idoneo, quando não era, representa o fortuito que impede o evento criminoso.

O agente lança o veneno em um vaso, onde existia substancia de tal natureza a neutralisar o poder homicida do veneno. Neste caso, a serie de actos praticados antes de misturar-se o veneno com a substancia neutralisante, já constituia uma tentativa punivel, por isso que eram idoneos, e consequentemente perigosos, e só por um accidente não surtiram o effeito desejado.

Assim, tida em consideração a ordem chronologica, para a apreciação da idoneidade dos actos, se a inidoneidade inicial affecta naturalmente todos os actos subsequentes, o mesmo não acontece quando affecta o acto posterior, caso em que os antecedentes em nada são modificados (CARRARA).

102. — Considerou-se, porém, que a impunidade em todos os casos em que a execução não produzissem o resultado desejado, daria lugar á impunidade do crime falho.

Dahi a limitação da regra com a distincção suggerida por MITTERMAYER, entre *impossibilidade* ou *inidoneidade absoluta* e *relativa*, quer quanto aos *meios*, quer quanto ao *objecto* de crime. A primeira chama-se tambem *subjectiva* ou *abstracta*, e a segunda *objectiva* ou *concreta*.

A impossibilidade ou inidoneidade é *absoluta* em relação aos *meios* quando estes meios são radicalmente impotentes para produzir o effeito desejado. Exemplos: Propinar como veneno droga innocente — nitro por arsenico; carregar uma espingarda para matar, apontar e não partir o tiro, porque, insciente o agente, retiráram-lhe o projectil; empregar uma chave que não se adapta á fechadura.

A impossibilidade é *relativa* quanto aos *meios* quando estes, sendo aptos em si para a consecução do fim criminoso, se tornáram inaptos, impotentes para produzir o resultado esperado, em virtude de erro, máo emprego ou de circumstancias fortuitas. Exemplos: A arma carregada, desengatilhada para matar, nega fogo, ou a polvora não se inflamma; o agente não sabe manejar a arma ou instrumento de que se muniu para praticar o crime; o agente é detido ou posto em fuga por terceiro.

A impossibilidade, concernente ao *objecto*, é *absoluta* quando este objecto não existe ou não tem a qualidade ou requisito essencial para a existencia do crime.

Exemplos do primeiro caso: Propinar substancias para provocar um aborto, quando a mulher não está grávida; desfechar um tiro para matar ou ferir uma pessoa que o agente suppõe estar dormindo, mas que está morta.

Exemplo do segundo caso: O agente tenta subtrahir uma coisa sua, que julga ser alheia.

A impossibilidade é *relativa* quando o objecto existe realmente, e tem todas as qualidades sufficientes para a consummação do crime, mas não está no logar onde o agente julgava encontrá-lo no momento da execução.

Exemplos: Tentar tirar dinheiro do cofre de esmolas de uma igreja, vasião contra a fundada expectativa; atirar no quarto onde devia estar, mas não se achava, aquelle que se queria matar; metter a mão no bolso do transeunte, para subtrahir-lhe a carteira, que, contra o seu sabido costume, fôra esquecida em casa.

Nos casos de impossibilidade ou inidoneidade absoluta, quer em relação ao objecto, quer em relação aos meios, admite-se que não ha tentativa punivel, mas simples manifestação de um pensamento criminoso sem crime, e, pois, impune.

Nos casos de impossibilidade relativa, ao contrario, ha tentativa punivel, attendendo que segundo a ordem natural das coisas o crime seria possível, e só por accidente, por circumstancia independente da vontade do agente, a consummação não se operou (CARRARA, PESSINA, ORTOLAN, GARRAUD, HAUS, etc.).

E' a doutrina consagrada pelos arts. 13 e 14, § unico do nosso codigo penal.

103. — A distincção assignalada, entre impossibilidade ou inidoneidade absoluta e relativa, como nota LISZT, importa no desconhecimento grosseiro da idéa de causa.

Effectivamente, a tentativa assenta sempre sobre um erro relativo ás consequencias da acção, isto é, sobre a supposição (erronea) de que uma acção inadequada para a producção de um resultado não o é. O que está, pois, em questão, é a idoneidade da acção como meio para o fim.

Mas uma acção dada só pôde ser adequada ou não para a producção de um certo resultado representado, isto é, só pôde ser causal ou não causal, e não mais ou menos não causal.

Consequentemente a distincção entre a inadequabilidade absoluta e a relativa do meio ( ou do objecto ), é um desconhecimento grosseiro da idéa de causa.

Não colhe a objecção de que não se pôde executar o que é impossível, porquanto a tentativa assenta no *começo de execução*, e não no *começo de consummação*, isto é, torna-se necessario apenas que o delinquente tenha começado a fazer aquillo que de si dependia para que o crime se consummasse.

*Começo de execução*, diz JOSÉ HYGINO, não quer dizer realisação parcial do delicto; designa o acto ou a serie de actos tendentes a producção do resultado que constitue o crime.

Logo, desde que o agente pratica actos de execução encaminhados, segundo a sua intenção, á producção de certo resultado delictuoso, se esse resultado não se produz por uma circumstancia

qualquer alheia á sua vontade, inclusive a inidoneidade de meio ou do objecto, dá-se uma tentativa nos estrictos termos do direito penal.

O caracter essencial da tentativa, diz LISZT, está na manifestação da vontade tendente a uma lesão; mas essa manifestação encontra-se do mesmo modo na chamada tentativa impossivel. E se toda a tentativa assenta em um erro sobre a causalidade do acto, esse erro não póde servir de fundamento para que deixem de ser punidos certos casos de tentativa.

Póde-se, pois, estabelecer a seguinte regra: *punivel é a tentativa perigosa, impune deve ficar a tentativa não perigosa.*

Ora, a tentativa é perigosa quando e em tanto quanto o acto respectivo suscita a possibilidade imminente da realisação do resultado (e dest'arte o fundado receio de que elle se realise). Esta these precisa ser desenvolvida.

1.º A acção não deve ser apreciada segundo uma generalisação arbitraria, deve sel-o, attendendo-se a todas as circumstancias particulares que a acompanham.

2.º A apreciação deve tomar em consideração (como prognostico posterior), as circumstancias salientes ou conhecidas do agente on momento da acção — momento a que o julgador deve remontar-se — e não as circumstancias que só posteriormente foram descobertas.

3.º Sómente quando, attentas as circumstancias notorias ou conhecidas do agente no momento da acção, esta se mostra completamente inadequada para produzir o resultado, é a tentativa isenta de pena como não perigosa.

Assim, por exemplo, a tentativa de aborto por parte de uma mulher que não está grávida bem póde ser criminosa, se a existencia da gravidez não parece plenamente excluida; criminosa tentativa de morte contra uma creança que nasceu morta é de todo possivel, se a morte não está inteiramente fóra de duvida.

A solução exacta está, pois, na punibilidade da tentativa chamada impossivel, dados os requisitos acima expostos por LISZT, que tomando o mesmo ponto de partida da doutrina objectiva, della, porém, se afasta essencialmente com accentuar o "prognostico posterior", na applicação da idéa de perigo. Como se vê é doutrina que não tem em linha de conta distincções subtis, mesmo bysantinas, como a objectiva, mas se prende a uma politica experimental de preservação social. Mas se no ponto de vista theorico, a preconizada distincção entre inidoneidade absoluta e inidoneidade relativa, nada tem que a justifique, no ponto de vista pratico, ás difficuldades surgem frequentemente quando se procura actualisá-la, e dahi porque não ha uniformidade entre os autores e entre os julgados no localisar os casos na categoria de impossibilidade absoluta ou relativa.

O legislador brasileiro não foi, pois, feliz em adoptar semelhante doutrina, e mais cauteloso e avisado seria se evitasse a preferencia, vasando os dispositivos legais de forma a não impedir a adopção da doutrina que melhor salvaguardasse os interesses da defesa social.

104. — Exposta a doutrina da chamada tentativa vã ou crime impossível, e mostrada a sua inconsistencia e impraticabilidade, e assim o erro do nosso legislador em dar-lhe acolhida expressa, cabe agora accentuar mais detidamente os vicios que encerra a disposição do art. 14, que, de modo geral, já salientamos em o n.º 100.

Tendo em vista a má collocação do citado art. 14, logo após a definição da tentativa do art. 13, e a letra daquelle artigo — “*são considerados sempre factos independentes da vontade do criminoso*”, nota o Dr. JOÃO TEIXEIRA DA SILVA CONTINENTINO, que aparentemente justificam a seguinte intelligencia: todo o facto, filho de erro, irreflexão ou máu emprego de meio julgado apto, independe da vontade de seu autor; logo deve ser punido como principio de execução.

Ora, tal interpretação tornaria o art. 14 um absurdo scientifico, por varios e ponderosos motivos.

Em primeiro lugar, ha factos daquelle ordem que são tentativas innocentes, de fim ou meio, e que independem da vontade do autor, tanto como as tentativas menos vãs, e é indagando da força maior, criterio das primeiras, que cabe investigar a força vencível. Em segundo lugar, aquella interpretação poria em contradicção o art. 14 com o seu § unico.

Tertio: ella seria revolucionaria em direito penal, pois transcenderia a opinião dos proprios criminalistas, que sustentam, como CARRARA, a punibilidade da tentativa — de meio proprio preparatorio, tornado improprio por força maior na execução, mas de punibilidade com pena menor que a da tentativa qualificada como tentativa afastada e como delicto especial.

Quatuor: o codigo criminal seguiria, contradictoriamente com o art. 13, a chamada Nova Escola Penal, Escola Anthropologica, Criminologica, Positiva ou Naturalista, para a qual não ha distincção entre actos preparatorios e actos de execução, não ha vãs tentativas, e o caso acima figurado é, portanto, punivel e com a propria pena de qualquer outra tentativa, porque essa escola rejeita o criterio do principio de execução para a tentativa, acceitando o da intenção determinada, provada pelos actos exteriores, e affirmando a criminalidade do agente como resultante de taes actos, quando inequivocos, como demonstrativos, que os acha, da temibilidade do delinquente.

E finalmente, seria copiar sem criterio e plagiando mal, por exceder-lhe a sancção, o insustentavel art. 536 do Cod. Penal Italiano de 1859, concebido nestes termos :

“Aquelle que tendo a intenção de commetter um homicidio tiver procurado tudo que é necessario para a execução do crime, mas que não tiver podido executal-o, quer por effeito de erro ou de um accidente previsto, quer pelo facto de outrem haver empregado meios com o auxilio dos quaes o crime não tiver podido ser consummado, será punido com a reclusão e mesmo com galés temporarias.”

Referindo-se á forma, expende as seguintes considerações :

“E’ detestavel a redacção do art. 14 : “*mau emprego de meios julgados aptos para a consecução do fim criminoso*” — são expressões incaracteristicas, que não determinam a probabilidade do fim attingido — objecto principal da tentativa balda de fim punivel ; são ambiguas para um caso de tentativa, onde não se deve cogitar da qualidade do meio, mas da natureza do fim projectado, para não confundir esse caso com o contrario.

Mau, logicamente, refere-se a meio, e moralmente refere-se á intenção e ao fim do acto, e os casos de tentativa balda menos vã, no fim e nos meios, unem-se, sem se confundir, e distinguem-se, sem se separar.

Com as palavras *mau emprego* deixa-se claro e preciso que se pune a tentativa quando os meios recebem um mau emprego, e, portanto, aquella tentativa em que o fim não se alcança por obstaculo vencivel.

Mas não podem significar tambem estes termos a punição da tentativa de fim impossivel, em que, afinal de contas, os meios recebem tambem o mesmo mau emprego — o nenhum exito desses crimes ?

Emprega-se mal, para matar, — um punhal, ferindo um cadaver ; é mau emprego de arma desfechar contra a pessoa que já não estava no quarto ; mas qual destes factos é o punivel pela letra do codigo ? No primeiro, o emprego é mau para a intenção do autor, mas é tão innocente para a sociedade como o facto de um cirurgião ferir com o bisturi a carotida de um cadaver para injectar o liquido embalsamador.

2.º “Emprego errado ou irreflectido” nada exprime, é vago, incoercivel : amplo demais, porque dentro do seu ambito podem installar-se os proprios casos de vã tentativa quanto ao meio ; ou então excessivamente restricto, a ponto de poder repugnar áquella letra alguma hypothese de tentativa.

Com mais clareza : erra, não reflecte quem desfecha uma arma descarregada para matar, ou quem dá nitro por arsenico, sem verificar antes se o meio é seguro para matar ; mas não é punivel por semelhantes actos.

Ora, estes actos cahem na definição má de tentativa de meio punivel, conforme a redacção criticada.

Por outro lado, ha meios criminosos, cuja execução não attinge a victima, suspende-se por embaraço *occasional, relativo* e imputavel ao agente, e que não são errados, nem irreflectidos : é acto que

accusa, por exemplo, segurança e o maior cuidado — o de usar de uma espingarda nova, limpa, carregada, escorvada, bem apontada para a victima e desfechada, e no entanto tem crime contra letra do art. 14 o autor do tiro que não toca essa victima, porque ao puxar o gatilho, a espingarda inutilisa-se pelo subito desarranjo de uma mola, de uma peça do machinismo.

3.º “*Inefficacia absoluta*”, é phrase incorrecta, e “*impossibilidade absoluta*” é um pleonasma e um contrasenso philosophico embora taes expressões se lêam.

Um codigo deve ser vasado em purissima lingua vernacula, porque é um monumento classico dessa lingua e attestado do valor sociologico cultural da nacionalidade a que pertence.

4.º O art. 14 e seu § unico provam bem o perigo das definições leaes quando não se podem determinar o genero proximo e a differença especifica da coisa definenda porque as especies tocam-se sem se extremarem por nitida precisão de contornos que permita exercitar com segurança os processos do methodo inductivo e determinar exactamente os termos da lei que os deva reger e entrar para o codigo.

As circumstancias de facto, que traçam a linha divisoria entre dois casos de vã e plena tentativa, apparecem e apuram-se na pratica judiciaria, baseam a decisão do summario de culpa.”

105. — A tentativa não é admissivel ainda, mas por motivos de ordem legal, quando a natureza da infracção, tal como é definida pela lei, a exclue necessariamente. Estão neste caso :

I. Os delictos chamados *formaes*, onde os actos de execução, sendo absolutamente uniformes, correspondem desde o começo, e em cada momento de sua realisação, aos caracteres que a lei incluye na qualificação do crime.

E’ de notar, porém, diz LISZT, que applicandó-se um processo complicado para a producção do resultado, verbi gratia : o perjurio pela expedição do theor do juramento assignado, dá-se a possibilidade de uma actividade incompleta, e logo da tentativa.

II. Os crimes por omissão propriamente dita ou crimes que se commettem não fazendo o que é especialmente ordenado pela lei. Com effeito, se o dever imposto pela lei consiste em praticar um acto em época marcada ou em um prazo dado, a omissão é licita emquanto o termo não se expira.

Ex. : o guarda da via-ferrea, no intuito de occasionar o descarrilamento do trem de passageiros, deixa dolosamente de remover o fragmento de rocha que rolára sobre a linha ; se esse obstaculo é removido por outrem a tempo, não se dá omissão punivel, pois não estava ainda excluida a possibilidade de que o guarda o fizesse.

Mas nos crimes por omissão impropriamente ditos, é admissível a tentativa, na opinião commum dos autores.

Taes são os crimes que só se consummam quando produzem um resultado determinado, um certo mal que pôde ser causado quer por commissão ou pratica de actos, de que se deve abster, quer por omissão de actos que se devia praticar.

Taes são o homicidio, o infanticidio. A mãe que tenta matar o filho, privando-o de alimentos, revela a sua intenção por um facto exterior que constitue começo de execução, e se o seu plano é impedido em tempo por intervenção de outrem, dão-se todos os elementos de uma tentativa punível.

III. Os crimes culposos. Se um dos elementos essenciaes da tentativa, pela definição legal, é a intenção de commetter um crime (n.º 91), é bem de ver que sua configuração não é admissível nos crimes culposos, (*culpa attentata*) que se caracterisam exactamente pela ausencia de intenção criminosa, isto é, pela falta de previsão do resultado, embora pudesse ser previsto pelo agente.

Seria, na verdade, paradoxal que alguém pudesse formar a intenção de fazer aquillo que não previu, embora pudesse prever, ou possa alguém formar a intenção de executar um facto lesivo do direito alheio, previsível, mas não *previsto*, como uma consequencia de um acto voluntario.

A politica criminal, diz LISZT, justifica tambem esta limitação, E' justamente a representação do resultado, que nos habilita e nos autorisa a considerar o acontecido como tentada producção de um resultado, que não se realisou.

No crime culposo esta relação subjectiva da acção para o resultado (contida sómente na representação) é extremamente duvidosa (o agente, não sabendo, por culposa ignorancia, estar a arma carregada, a dispara contra outrem sem feril-o).

IV. Os casos excepcionaes em que os actos preparatorios ou actos de tentativas são considerados e punidos como crimes especiaes, como a provocação (art. 126), a conspiração, etc., pois a hypothese de uma tentativa de tentativa, ou de tentativa de um acto preparatorio não só occasionaria difficuldades logicas insoluveis, como tambem affectaria duplamente a regularidade das disposições legaes já perturbada por aquellas excepções (LISZT).

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

106. — Commentando esta disposição, JOÃO VIEIRA a reputa redundante, por ser uma repetição da disposição do art. 10.

Cotejando-as, porém, vê-se que são diversas, pois no art. 10, se trata da resolução criminosa manifestada por actos preparatorios, e taes são os actos exteriores que *não constituem começo de execução*. ao passo que no art. 15, se trata de actos de tentativa ou de actos de execução. Menos diffusamente, as duas disposições, com formula adequada, poderiam ser reunidas em uma só.

Já vimos que no caso de desistencia, se o agente fica isento da pena da tentativa, por considerações de ordem utilitaria, não se póde, porém eximir da pena pelos actos commettidos, desde que constituam crimes especiaes. A isenção de pena refere-se, pois, ao crime que o agente pretendia commetter, e desde que intactos ficam os elementos constitutivos da tentativa, se configurarem infrações especie, ás penas respectivas ficará elle sujeito (n.º 98).

O mesmo se verifica quando a tentativa deixa de ser punivel nos termos do art. 14 § unico.

**Art. 16.** Não será punida a tentativa de contra-venção e nem a de crime ao qual não esteja imposta maior pena que a de um mez de prisão cellular.

107. — A primeira parte da disposição se refere á tentativa da contravenção, e a segunda á tentativa do crime a que não esteja imposta maior pena que a de um mez de prisão cellular.

Pelo que respeita ás contravenções, infracções de mera desobediencia ás normas preventivas das leis e regulamentos, ou consistentes *unicamente* na violação ou falta de observancia dessas normas, (art. 8), nem mesmo a possibilidade da existencia da tentativa é admissivel. Effectivamente, além de prescindirem da intenção ou dolo, que não lhes constitue elemento essencial, suppõem actos de execução que, sendo absolutamente uniformes, correspondem desde o começo e em cada momento de sua realisação aos caracteres que a lei incluye na sua qualificação.

Usar de armas offensivas, sem a licença da autoridade policial, mendigar, tendo saúde e aptidão para trabalhar e actos semelhantes não permittem, quanto ao modo regular de execução, que se distingam entre a actividade começada e a actividade não acabada, exactamente como nos crimes formaes.

Pelo que diz respeito ás contravenções de omissão, a razao por que não comportam tentativa, é a mesma que milita contra a existencia da tentativa de crimes omissos (n.º 105).

Depois, admittida que fosse a possibilidade da tentativa de contravenção, nenhum interesse tem a sociedade em que seja punida, pois, a contravenção já constitue infracção de menor importancia e que não causa alarma social.

E' esta tambem a razão porque não se pune a tentativa de pequenos delictos.

“Pour les delits légers et les contraventions, diz PRINS, il a estimé que la société n’avait pas intérêt a atteindre le commencement d’exécution et ne devait intervenir que quand l’infraction était consommé.”

Commentando o art. 16 do nosso código, diz ESCOREL que não é punível a tentativa da contravenção desde que a esta seja imposta pena de multa ou outra pena que não a de prisão, e ainda no mesmo sentido, commentando o art. 13, diz : “As palavras — *crime, criminoso*, empregadas neste artigo, devem ser tomadas em sentido generico, comprehendendo o *crime* propriamente dito, como a *contravenção*, tanto o agente do *crime*, como o da *contravenção*. A tentativa da *contravenção*, em face do art. 16, é punível.” Improcede de todo esta argumentação.

Além de constituirem infracções distinctas o crime e a contravenção, o que mostrámos em face da doutrina e do código, a disposição do art. 16 é clara e terminante, declarando não punível a tentativa de contravenção, disposição aliás desnecessaria, mas feita sem restricção alguma, não se podendo admittir como referente á contravenção a clausula final do mesmo art. 16, porque se relaciona sómente com o crime.

A propria letra — *ao qual (crime) não esteja imposta, etc.*, basta para evidenciar isto.

Os differentes códigos penaes dos povos cultos não punem tambem a tentativa de contravenção e de pequenos crimes, e em relação áquella, senão de modo expresso, ao menos de modo implicito, declarando diversos punível só a tentativa de crime ou de delicto, como o francez, art. 2, belga, arts. 51, 52 e 53, italiano, art. 61, allemão, art. 43, portuguez, art. 11 etc.

## 108. — Jurisprudencia brasileira.

I. Não é da competencia do jury resolver se houve ou não tentativa em razão de ser questão de direito, e sim verificar a existencia dos factos que a constituem na forma da lei ; pois, de outra forma, se daria aos jurados, meros juizes de facto, contra todo o direito, a attribuição de decidir uma das questões mais importantes da jurisprudencia criminal e que exige estudos da mesma jurisprudencia (*Revistas do Supr. Tribunal de Justiça*, de 3 de setembro e 30 de novembro de 1859, de 24 de outubro de 1860 e de 17 de agosto e 14 de setembro de 1870).

II. Para melhor cumprir o art. 2, § 2.º do Cod. Criminal (art. 13, do vigente Cod. Penal), deve-se propor separadamente todas as circunstancias dadas, constitutivas do crime de tentativa de homicidio, afim de que os jurados, respondendo a cada uma-dellas,

pronunciem o seu veredictum sobre o facto com suas especificadas circumstancias, e dest'arte habilitar o juiz de direito a applicar a lei, absolvendo ou condemnando (*Revista do Supr. Tribunal de Justiça*, de 1.º de março de 1871).

III. O quesito da tentativa deve ser formulado com todas as circumstancias que a caracterisam, conforme a definição da lei, e não em termos vagos que importem uma questão de direito alheia á competencia do jury (*Accord. da Relação de São Paulo*, de 21. de abril de 1874).

IV. E' caso de nullidade do feito omittir o presidente do tribunal do jury, no quesito que formular sobre a tentativa, o complemento : — se o facto deixou de realisar-se por circumstancias independentes da vontade do réo (*Accord. da Relação de Ouro Preto*, de 12 de março de 1875).

No mesmo sentido dos accordams retro mencionados, e no dominio do vigente codigo, temos mais os seguintes.

V. Ha deficiencia no questionario, acarretando nullidade do julgamento, não terem sido formulados os quesitos, destacando, em cada um de per si, os factos constitutivos dos elementos da tentativa de homicidio, de conformidade com o disposto no art. 13 do Cod. Penal, visto como,

a) no 1.º quesito perguntou-se se o réo *tentára matar* a F., disparando contra este tres tiros de espigarda que não detonaram : pelo que, não ha duvida, veio a submtter-se aos jurados uma questão de direito, que decidiram negativamente, quando elles apenas só se podem pronunciar sobre questões de facto, e

b) no 2.º quesito englobaram-se todos os factos constitutivos da tentativa de homicidio, previstos no citado art. 13, quando se deviam separar por meio de proposições simples e bem distinctas.

Para semelhante fim os quesitos deviam ter sido propostos ao conselho de sentença, de modo que elle respondesse separadamente em *primeiro lugar*, sobre o facto principal, *depois* a respeito de sua relação directa com o crime de homicidio, em ordem a constituir começo de execução do mesmo ; em *seguida*, se elle fôra praticado com a intenção de matar, e *finalmente*, se a execução do crime não teve lugar por circumstancias independentes da vontade do réo (*Accord. do Tribunal de Relação do Estado do Rio de Janeiro*, de 22 de outubro de 1897).

VI. O quesito sobre a tentativa deve ser formulado com especificação dos factos que a constituem, na forma definida pelo Codigo Penal, e não em termos genericos, porque importa uma questão

de direito, e não é da competência do jury decidir se houve ou não tentativa, e sim verificar os factos que a constituem.

E' nullo o julgamento desde que o quesito é formulado em termos genericos, conforme accordams do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de outubro de 1860, 16 de setembro de 1868, 14 de setembro de 1870, 1 de março de 1871 (*Accord. do Trib. de Just. de São Paulo*, 17 de fevereiro de 1897).

VII. E' nullo o julgamento, tendo o juiz formulado o quesito da tentativa englobadamente com o facto dos tiros, quando devia separar os factos por meio de proposições simples e bem distinctas, e não englobar as questões no 1.º quesito (*Accord. da Camara Criminal do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 1 de junho de 1903).

OBSERVAÇÕES. — Como se vê desses accordams, não obstante o *Formulario Official*, reputa-se de necessidade a organização de quesitos distinctos, tantos quantos são os elementos legaes da tentativa do crime. Achando vantajosa esta pratica, nota MORAES MELLO JUNIOR que a organização de um só quesito com as tres condições existenciaes da figura da tentativa, como se praticava em geral, na vigencia do antigo codigo, e ainda hoje alguns o aconselham, só não traz duvidas ao espirito do jury, quando o mesmo quesito tem de ser affirmado. No caso contrario, muitas são as vacillações do jury ao reproduzir (pela forma negativa) todo o quesito organizado com aquelles tres elementos.

Entende que, de accordo com o art. 13 do Cod. Penal, a regra para a organização do questionario no caso de accusação por tentativa de um crime é a seguinte :

Em primeiro logar pergunta-se ao jury : se — o réo praticou *taes* e *taes* actos, indicados no libello como actos exteriores que constituíram, no entender da accusação, começo de execução do crime, por cuja tentativa responde o accusado.

Em segundo logar: se — o réo executou, assim, actos exteriores que, pela sua relação directa com o facto de... (menciona-se o *facto punivel*, cuja tentativa constitue objecto da accusação, em seus extremos legaes e em abstracto, conforme consta da respectiva noção ou definição), constituíram começo de execução deste facto. Em terceiro logar: se — o réo teve intenção de commetter esse facto. Em quarto e ultimo: se — a execução desse facto deixou de ter logar por circumstancias independentes da vontade do réo.

A affirmação dos quatro quesitos importa o reconhecimento dos extremos legaes da tentativa do crime, objecto da accusação, ficando tambem reconhecidas a criminalidade da acção e a culpabilidade do agente, a não ser que reconhecida seja alguma dirimente ou justificativa.

No terceiro quesito apenas se indaga da *simples intenção* (dircção da vontade para um fim determinado, o qual pôde, em casos excepcionaes, não ser criminoso) e não da *intenção criminosa*, a qual, entretanto, pelo nosso systema de questionario, fica subentendida, em face da affirmação de todos os elementos legaes da tentativa, emquanto se não provar o contrario ; de modo que nos quesitos especiaes da tentativa não se resolvem as questões da não criminalidade da acção e da não culpabilidade do agente, quando aventadas.

VIII. E' elemento moral da tentativa a intenção directa de commetter um crime determinado e não a simples intenção generica de delinquir (*Accord. do Supremo Tribunal, de 19 de dezembro de 1908*).

IX. A figura da tentativa integra-se pela concurrencia de tres elementos vitaes : a) a intenção directa do agente de commetter um delicto ; b) o começo de execução deste delicto ; c) a sua não consummação por circumstancias independentes da vontade do delinquente. O elemento moral do *conatus* não é simplesmente a intenção generica de delinquir, mas a directa de commetter um crime determinado.

Se não existir a confissão do delinquente ou se esta fôr antagonica com o caracter dos actos exteriores, só por meio destes se poderá inferir a verdadeira tendencia do espirito do agente.

Como quer que seja, sem a verificação precisa do dolo determinado, o organismo da tentativa não se completa, e por isso deixa de existir este delicto.

Quando, porém, perfeita apenas em sua subjectividade, reduz-se á mera resolução criminosa (*qui cogitat nec agit, nec perficit*) extranha á sanção penal.

Os actos exteriores em sua dupla phase *preparativa e executiva*, constituem o *iter criminis*, que só se consumma pelo percurso integral que conduz á *meta optata*.

Na primeira phase, desde que não contenham os elementos de delictos *sui generis*, os actos exteriores são insusceptiveis de repressão.

Na segunda, apparece propriamente a caracteristica do *conatus*, a sua condição primordial. Naquella, o agente pôde dizer : *não quero começar* ; nesta, só pôde *querer desistir*.

Chegado a este marco, o abandono voluntario do *iter* liberta o agente da responsabilidade com relação á tentativa ; mas, se o delinquente só deixou de proseguir quando já tinha empregado todos os meios que, se o fossem *reflectidamente*, teriam como resultado a consecução do fim criminoso, tal circumstancia não desnatura a ten-

tativa, cuja figura a lei considera completa em semelhante hypothese (Cod. art. 14).

Ora, no caso sujeito, os actos exteriores manifestáram-se em sua dupla phase, e só por uma *impossibilidade accidental* — o emprego irreflectido dos meios, deixaram de attingir a meta — a morte do offendido, sem duvida objectivo do recorrente (autor do crime), como demonstram as circumstancias que rodearam o facto: a impetuosidade do ataque, a repetição dos golpes em regiões importantes do corpo, a perseguição à vítima, que fugia, e que só foi abandonada quando poud penetrar no corredor de uma casa.

Ao lado do character *univoco* dos actos executivos, encontra-se a *idoneidade* do meio empregado, *apto* para produzir a morte, já pelas condições physicas do delinquente, já pela qualidade do agente *vulnerante*, isto é, o instrumento do crime (*Accord. do Conselho do Trib. Civil e Criminal do Districto Federal*, de 28 agosto de 1897).

X. Sendo a intenção um acto de consciencia sómente póde ser juridicamente apreciada pelas suas manifestações externas, o acto material que traduz o pensamento.

Quem emprega o revolver, arma mortifera, alveja a victima e dispara, manifesta por actos exteriores e principio de execução a intenção inequivoca de matar, não realisando o evento por uma circumstancia independente de sua vontade, haver o projectil attingido região que não era mortal no corpo do offendido. A intenção de matar, o *animus necandi*, logicamente deduzido do emprego da arma mortifera e das circumstancias do facto, sómente póde desaparecer se o agente provar á evidencia que outra era a sua intenção, não bastando simples allegação, pois, de modo contrario, não haverá mais a tentativa de homicidio (*Accordam do Conselho do Trib. Civil e Criminal*, de 9 de maio de 1902).

XI. O crime commettido de impeto não exclue a tentativa, pois, se nelle é difficil a prova de ter o delinquente agido com intenção determinada, não significa isso um obstaculo á possibilidade da tentativa, nem é impossivel a prova desta.

Nos crimes dessa natureza, cumpre aos Tribunaes examinarem em cada caso concreto se a intenção do delinquente é assás conhecida, de modo a poder intervir como elemento moral da tentativa (*Accord. da 2.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação*, de 30 de abril de 1909).

XII. Fica legalmente constituida a figura juridica da tentativa por ter o agente abandonado o delicto quando já havia praticado actos de execução aptos a produzir a morte do offendido, a qual não teve logar por circumstancias independentes da sua vontade :

- a) por ausencia de *lethalidade* quanto á lesão produzida (art. 13);
- b) por erro de *pontaria* quanto aos tiros desfechados (art. 14).

(*Accordam da 2.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, de 17 de maio de 1910*).

XIII Não é logico concluir pela intenção homicida só porque o instrumento do crime era idoneo para matar, desde que tambem podia deixar de produzir a morte.

Da incerteza das consequencias do acto só se deve deduzir que o resultado delle era indifferente ao criminoso, pelo que, se a morte não sobrevier, manda a justiça que a sua responsabilidade seja limitada ao evento lesivo. Nos casos de deliberação instantanea, como acontece nas rixas, em regra, o dolo do agente não é determinado, comprehende todas as consequencias prejudiciaes decorrentes da sua acção, de modo que a sua responsabilidade só pôde ser medida pelo damno effectivo que ella causar (*Sentença do Juiz da 4.<sup>a</sup> Vara Criminal, confirmada por accordam da 1.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, de 27 de abril de 1911*).

XIV. Na formula do conceito da tentativa, constante do artigo 13 do Cod. Penal de 1890, os *actos exteriores* consideram-se executivos da intenção criminosa e caracteristicos da tentativa, distinguindo-se, portanto, dos actos simplesmente preparatorios, se entre elles e o crime, que se tem a intenção de commetter, existe uma *relação directa*, isto é, se elles se dirigem de modo evidente e claro ao fim querido e buscado pelo agente. No Codigo Penal brasileiro, portanto, os *actos exteriores*, que revelam de modo inequivoco a intenção criminosa, são *actos de execução*, e não se devem confundir com *acto consummativo* do crime (*Accordam da 2.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, de 22 de setembro de 1911*).

XV. — Para que haja a tentativa é preciso que a resolução criminosa seja determinada, como diz HAUS, succedendo, ás vezes, sobretudo quando as violencias são commettidas em um accesso de colera, que a intenção do autor é por si mesma vaga e indeterminada: ataca a pessoa do adversario, não precisamente para dar-lhe a morte, nem tão pouco para causar-lhe uma ferida grave ou leve, apenas com uma intenção indeterminada de offender, como o fim de vingar um insulto, de modo que o resultado de sua acção lhe é indifferente (*Sentença do Juiz da 1.<sup>a</sup> Vara Criminal, confirmada por Accordam da 3.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, de 19 de abril de 1913*).

XVI. — A figura delictuosa da tentativa de homicídio se constitue pelo intento de matar e este se deduz das circumstancias do crime, como sejam o uso reflectido que o denunciado fez da arma mortifera, a séde da lesão soffrida pelo offendido, a inimisade exis-

tente entre este e o aggressor, a ameaça grave proferida pelo ofensor contra a sua victima proximamente ao crime. Não aproveita ao réo a renuncia ao homicídio tentado, quando se operou sem espontaneidade e é devida ao risco imminente da prisão diante do alarma que o facto produziu (*Accordam da 3.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação*, de 4 de junho de 1913).

XVII. — Caracterisa a tentativa a circumstancia de haver o agente disparado um tiro sobre a victima e tendo errado o alvo continuado a perseguil-a, tentando ainda disparar o revólver que empunhava, só tendo desistido para fugir deante da imminencia da prisão (*Accordam da 3.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação*, de 11 de junho de 1913).

XVIII. — São circumstancias caracteristicas da tentativa de homicidio: a capacidade da arma, os pontos alvejados, a traição e a repetição dos disparos (*Accordam da 3.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação*, de 18 de junho de 1913).

XIX. — A intenção homicida decorre sufficientemente das circumstancias de ter usado o réo de uma arma mortifera, de haver disparado á queima roupa, de haver alvejado uma região em que as lesões penetrantes são de extrema gravidade (região epigastrica), como aconteceu no caso concreto em que se fez necessaria uma intervenção cirurgica para salvar a vida do paciente.

Não obsta á conclusão a consideração de que o ferimento foi produzido no decurso de uma rixa momentanea.

Os escriptores que sustentam que no mais das vezes, em tal conjunctura a intenção do agente é vaga e indeterminada, e não realisa o elemento moral da tentativa, reconhecem, comtudo, na grande maioria a possibilidade da tentativa em tal situação — TUOZZI, *Corso de dir. crim.*, vol. 1.<sup>o</sup>, pag. 175, nota 2.

Tudo, afinal, se reduz a um exame do facto, a uma questão de prova, e esta, na hypothese foi evidente.

Os ferimentos praticados, dada a intenção do agente, valeram como actos executorios do delicto de homicidio.

O recorrente não renunciou voluntariamente ao crime, de modo a poder beneficiar-se da dirimente do final do art. 13 do Codigo.

A desistencia que aproveita, é a espontanea — TUOZZI, *ob. cit.*, pag. 179 (*Accordam da 3.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação*, de 9 de agosto de 1916).

XX. — Para caracterisar a tentativa, não basta a qualidade do instrumento de que se serve o delinquente; não basta o numero de

ferimentos recebidos pelo paciente, é preciso, sobretudo, que fique patente o *animus necandi*, e que o homicídio deixe de se consummar por circunstancias independentes da vontade do agente, caso em que este soffrerá a pena correspondente á tentativa. Deste principio decorre, *a contrario sensu*, que se o delinquente se limita a fazer ferimentos ou offensas physicas na pessoa a quem aggreuiu, tendo, aliás, occasião azada e meios facéis para consummar o homicídio, não é, na censura do direito penal, autor de tentativa; responde tão sómente pelo resultado de sua acção ou mal que praticou, isto é, pelas offensas physicas: *dolus indeterminatus determinatur eventu*..

A tentativa suppõe a vontade de commetter um crime já deliberado e determinado, e para cujo exito ha esforços e empregos de meios que ao seu autor se afiguram certos e seguros, e por isso ensina CARRARA: — “o podêr que têm os actos praticados de produzir a infração da lei, não basta para que se possa tornar responsavel de uma tentativa o autor desses actos se elle não conhece esse poder ou se os não tem praticado com uma intenção dirigida precisamente para esse fim.” Consoantemente pensa MENDES DA CUNHA, quando diz: — “que uma punhalada póde ser dada em parte do corpo mais susceptivel de cura, e com este designio, e não para pôr termo á existencia, accrescentando que o juiz deve ligar uma attenção tão viva que nada deixe a desejar dos meios humanamente possiveis para não cahir no arbitrario e iniquo: é preciso satisfazer a justiça natural para não deshonnar a justiça civil (*Accordam da Relação do Estado do Rio de Janeiro*, de 25 de março de 1896).

XXI. — Não ha tentativa de homicídio quando o agente, podendo consummar o crime, não o fez, dispondo, aliás, de instrumento efficaz e não offerecendo o aggreuido resistencia pelo seu estado de embriaguez. Se se limitou a fazer ferimentos, responde pelas consequencias destes (*Accordam da Relação do Estado do Rio de Janeiro*, de 2 de junho de 1896).

XXII. — Para que a desistencia ou arrependimento do agente o torne isento da responsabilidade penal pela tentativa do crime projectado é preciso que elle de sua livre e expontanea vontade suspenda a série de actõs tendentes á consummação do delicto ou neutralise os effeitos dos já praticados. Esta liberdade e expontaneidade da vontade não se dão quando o agente, ao saber que foi descoberto, abandona o projecto criminoso — já tendo praticado actos caracteristicos da tentativa, pois a desistencia em tal caso não se póde considerar expontanea (*Accordam do Tribunal de Justiça de São Paulo*, de 22 de novembro de 1899).

109. — *Jurisprudencia estrangeira.*

FRANCEZA

I. — La tentative d'avortement qui s'est révélée par une violence exercée sur la femme, dont l'avortement était provoqué, est manifestée par un commencement d'exécution (*Cour de Cassation*, 16 octobre 1817).

II. — La tentative de vol est non seulement manifestée par des actes extérieurs, mais suivie d'un commencement d'exécution, lorsque le prévenu s'est introduit, soit à l'aide d'escalade, soit à l'aide d'effraction (*Cour de Cassation*, 29 octobre 1813, 11 juin 1818, 23 septembre 1825, 4 octobre 1827, 10 décembre 1842).

III. — La tentative de faux témoignage est accompagnée des caractères légaux lorsque le prévenu, qui a commencé à déposer contre la vérité des faits dans une procédure criminelle ou correctionnelle, n'a été arrêté dans son faux témoignage que par une défaillance (*Cour de Cassation*, 28 février 1811).

IV. — La tentative de faux en écriture publique et authentique est accompagnée d'un commencement d'exécution si le prévenu a opposé une signature fautive sur un acte notorié, resté imparfait parce que le notaire rédacteur a voulu obtenir des renseignements sur l'identité du souscripteur (*Cour de Cassation*, 10 juillet 1845).

V. — La remise d'un flacon contenant le breuvage empoisonné à un tiers chargé de l'administrer, constitue un commencement d'exécution (*Cour de Cassation*, 2 juillet 1886).

VI. — La tentative peut se manifester par un simple commencement d'exécution, notamment quand le poison a été jeté dans des aliments qui devaient servir à une personne (*Cour de Cassation*, 17 décembre 1874).

VII. — Les coups, portés avec intention de tuer, constituent une tentative de meurtre, quoique les blessures ne soient pas graves (*Cour de Cassation*, 22 nov. 1810, 26 mars 1812, 18 janvier et 10 octobre 1816, 14 décembre 1820).

VIII. — En matière de tentative, doit être annulé l'arrêt qui ne précise pas les circonstances caractéristiques du commencement d'exécution (*Cour de Cassation*, 18 juillet 1895).

IX. — Doit être annullé l'arrêt qui condamne un prévenu pour tentative de vol sans préciser les faits qui auraient constitué le commencement d'exécution, ni les circonstances par suite desquelles la tentative aurait été suspendue ou aurait manqué son effet (*Cour de Cassation*, 17 juillet 1903).

X. — Le commencement d'exécution, constituant la tentative de vol, peut resulter de ce que l'accusé a été trouvé la nuit dans l'escalier d'une maison, essayant de bruler avec une bougie la porte d'un magasin en arrachant le bois avec un outil, et muni de l'attirail d'un voleur, alors d'ailleurs que, surpris en flagrante délit, il n'a pu nier qu'il avait l'intention de pénétrer dans ce magasin pour y voler (*Cour de Cassation*, 19 décembre 1879).

XI. — Lorsque deux crimes ont été exécutés de telle manière que non seulement ils doivent être simultanés, mais que le premier est le moyen de parvenir à la perpétration du second, qui est le but des coupables, le commencement d'exécution du premier peut être considéré comme ayant le même caractère à l'égard du second (*Cour de Cassation*, 17 juin 1875).

XII. — Lorsque plusieurs ont coopéré à une tentative qui a été suspendue ou a manqué son effet par le désistement volontaire d'un seul d'entre eux, ce désistement étant une circonstance indépendante de la volonté des autres coauteurs et complices, ceux-ci sont punissables (*Cour de Cassation*, 9 janvier 1812).

XIII. — La tentative de vol commise dans le tronc d'une église ne renfermant par hasard aucune somme d'argent, constitue une tentative punissable. L'absence d'argent est une circonstance indépendante de la volonté du coupable. et ne peut être considérée comme établissant une impossibilité absolue d'atteindre le but qu'il se proposait (*Cour de Cassation*, 4 novembre 1876).

XIV. — Le commencement d'exécution, constituant la tentative de vol, peut résulter de ce que le prévenu a été surpris introduisant la main dans la poche d'un vêtement en vu d'y commettre un vol, même qu'il serait établi que cette poche était vide (*Cour de Cassation*, 4 janvier 1895).

## ITALIANA

XV. — Costituisce tentativa di bigamia il fatto di colui, che in costanza di legittimo matrimonio procede alle pubblicazioni di un secondo matrimonio, ne fissa anche la celebrazione, che poi non ha

luogo pel rifiuto dell'ufficiale di stato civile (*Corte di Cassazione di Torino*, 22 junio 1887).

XVI. — Commette tentativo punibile di veneficio chi pone veleno in un brodo somministrato alla vittima, la quale, indotta in sospetto dall'odore esalante da quella vivanda, si astiene dal farne uso (*Corte di Cassazione di Napoli*, maggio 1886).

XVII. — Nei reati di libidine contro natura non v'è tentativo, perché il tentativo è già un atto ai sensi della legge (*Corte di Cassazione di Milano*, 13 settembre 1862, 10 ottobre 1865, *Corte di Cassazione di Torino*, 28 novembre 1888).

XVIII. — L'autore di omicidio per errore non deve rispondere anche del tentato omicidio in persona della vittima designata (*Corte di Cassazione di Napoli*, 27 luglio 1887, 18 settembre 1886).

XIX. — Non è ai fatto materiale della desistenza dell'agente che bisogna attendere, ma alla *spontaneità*, ovvero alla coazione dell'atto volitivo e perciò al *motivo determinante*: ond'è, che se l'agente interrompe l'azione per un impulso sincero dell'animo suo, che ripudia l'azione intrapresa e lo fa psicologicamente rientrare nell'ordine morale e legale, allora la sua azione non va punita se non in quanto agli atti che abbia compiuti, se per avventura costituiscono reato: all'inverso se la sua volontà sia stata mossa, spinta, determinata, costretta da una *circostanza estrinseca o sopravvenuta* nel corso dell'azione, allora non lui è che *liberamente* rientrò nell'ordine morale, ma è la circostanza indipendente della sua volontà che ve lo ricaccia (*Corte di Cassazione di Torino*, 28 settembre 1888).

XX. — L'inidoneità del mezzo esclude il tentativo solo quando il mezzo sia assolutamente inefficace a produrre l'evento criminoso. Perciò risponde di mancato omicidio chi abbia tentato di sparare contro un determinato individuo, quasi a brucia pelo, una pistola carica a minuto piombo, la quale non esplose per essere stata male applicata la capsula al luminello (*Corte di Cassazione di Torino*, 7 marzo 1889).

XXI. — L'inidoneità assoluta, non la insufficienza, rende non punibile il tentativo (*Corte di Cassazione di Roma*, 12 nov. 1886).

XXII. — Perché la desistenza renda non punibile il tentativo occorre che sia spontanea e non può dirsi tale allorché è determinata da circostanza estrinseca, come la sorpresa della forza pubblica. Non vien meno la punibilità del tentativo sol perché sia stato preordinato un mezzo (intervento della pubblica forza) che renda im-

possibile la consumazione del reato (*Corte di Cassazione di Roma*, 4 maggio 1893).

XXIII. — Il giudizio sulla idoneità dei mezzi adoperati per eseguire il reato, e sul non essere l'agente giunto alla sua consumazione, non per altro che per circostanze fortuite o indipendenti dalla volontà dall'agente medesimo, é giudizio demandato ai giurati (*Cass.*, 19 febbraio 1890, *Corte Supr.*, 1890, 240).

XXIV. — La idoneità dei mezzi non va misurata in rapporto agli ostacoli sopravvenuti e non previsti, ma in rapporto all'azione come fu determinata dall'agente (*Cass.*, 4 maggio 1893, em *Cass. Un.*, IV, 631).

XXV. — Ampliando em sentido objectivo a theoria da inidoneidade absoluta e relativa, a *Cassação* decidiu em 21 de março de 1901: "Per vedere se un mezzo sia adatto al fine, bisogna considerarlo nella sua essenza intrinseca ed in rapporto all'uso che ne sia stato fatto, indipendentemente dalla maggior efficacia ed al suo primo risultato, che avrebbe potuto avere, se fosse stato adoperato in modo più rispondente allo scopo.

Vi é sempre impossibilità assoluta, cioè tentativo vano per l'impossibilità del mezzo e dello scopo, quando o si saranno usati mezzi inefficaci o si saranno usati mezzi efficaci bensì, ma di cattiva qualità o in qualità troppo scarsi o male applicati. In quei casi vi potrà esser la manifestazione di una perversità morale pericolosa e si potrà punire il fatto per le conseguenze prodotte, ma non il tentativo del delitto che si aveva di mira, poiché non é punibile l'esecuzione d'un reato che non può effettuarsi."

XXVI. — Non può darsi tentativo nei delitti formali, i quali *perficiuntur unico acto* e si consumano con una semplice azione dell'uomo, la quale basta senz'altro a violare la legge e nei quali il danno potenziale basta alla loro consumazione (*Cass.*, 16 dicembre 1891, *Cass. Unu.*, III, 684).

## HESPANHOLA

XXVII. — El desistimento que priva á la tentativa de carácter punible es el exclusivamente nacido de la voluntad del culpable, y no el impuesto per circunstancias independientes de su libre determinación, aunque hayan influido en ésta (*Tribunal Supremo*, 11 oct. 1888).

XXVIII. — Para apreciar en cada delito si se ha dado ó no comienzo á su ejecución por actos exteriores, es preciso tener en

cuenta su indole, asi como la manera propia de realizarlo, para no confundir aquéllos ni con los actos realmente indiferentes ni con los que sólo constituyan simple proposición (*Tribunal Supremo*, 22 noviembre 1887).

XXIX. — Constituye tentativa de adulterio el hecho de sorprender el marido á su mujer desnudandose en la alcoba en compañía de un tercero (*Tribunal Supremo*, 8 may 1871).

XXX. — El disparo de una pistola no implica siempre la intención de matar á la persona contra quien se dirige, siendo preciso que conste de algun modo dicha intención (*Tribunal Supremo*, 20 abril 1860).

XXXI. — El hecho de que se declaró culpable al recurrente reviste todos los caracteres del delito de robo frutado, porque habiendo penetrado en lo templo fracturando la puerta principal y rompiendo después de entrar el cepillo de lismosnas, com ánimo culpable de apoderarse del dinero que encontrase, es evidente que practicó todos los actos que debiran producir como resultado el delito que, sin embargo, no llegó a producirse por causas independientes de su voluntad, ó sea porque no consta que el cepillo contuviese dinero alguno, según racionalmente se deprende de las declaraciones del jurado y dedujo de la sala sentenciadora, y porque no aparece acreditado ni la defensa pretendió se consignarse en el veredicto la declaración de que el delito no se consumara por el preciso que conste de algun modo dicha intención (*Tribunal Supremo*, 13 diciembre 1890).

XXXII. — Si los processados se presentaron en la estación del ferro carril para recoger unos bultos con el correspondiente talón que sustrajeron sin duda de la carta en que se remitia al destinatario, y no consiguen recogerlos por haber sido retirados dos ó tres dias antes, son reos de delito frustrado de estafa (*Tribunal Supremo*, 3 en. 1876).

XXXIII. — Cuando el autor de un robo ó hurto abandona en su fuga los objetos sustraídos, existe delito consumado. Es indiferente para la perfecta realización de estos delitos, que después pueda ó no aprovecharse al delincuente de los efectos del delito (*Tribunal Supremo*, 3 oct., 20 nov. 1879, 22 oct. 1883).

XXXIV. — Es autor de delito consumado de robo el que se apoderó de los objetos ajenos, aun cuando sea sorprendido en el mismo cuarto donde verificó la aprehensión ó en cualquiera otro

perteneciente á ála misma casa (*Tribunal Supremo*, 3 mar. 1881, 13 jun. 1882).

XXXV. — Al que se le encuentran billetes de Banco falsos, pero no se le prueba haber llegado á expender ninguno definitivamente, no se le puede penar como autor de delito consumado de expedición de billetes falsos, sino tan sólo como autor de tentativa, pues únicamente dió principio á ála ejecución del delito (*Tribunal Supremo*, 10 jul. 1877).

XXXVI. — Si el culpable para llevar á efecto un robo en una casa, escaló el tejado y penetró por la chimenea hasta la cocina, en cuyo momento huyó al ser sentido por el dueño, sin que conste que hubiere puesto sus manos en objeto alguno de los que se propusiera robar, cometió al delito de tentativa de robo, porque habiendo dado principio á su ejecución directamente por actos exteriores, no practicó todos los que debieran producir el delito, por un accidente ajeno á su proprio y voluntario desistimiento (*Tribunal Supremo*, 26 noviembre 1890).

## PORTUGUEZA

XXXVII. — Para ser punivel a tentativa é indispensavel provar-se que a execução do crime projectado foi suspensa por circunstancias independentes da vontade do agente; bem como só são puniveis os actos preparatorios quando por si importem infracção de lei (*Accordam do Supremo Tribunal de Justiça*, de 28 de agosto de 1900).

XXXVIII. — Tratando-se de tentativa de crime, deve o jury declarar expressamente nas respostas aos quesitos em que consistiu o começo de execução do crime, e quaes as circunstancias independentes da vontade dos réos, que suspenderem a execução (*Accordam do Supremo Tribunal de Justiça*, de 4 de novembro de 1837).

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

Art. 18.º 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 executal-o por meio de dádivas, 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.

110. — O codigo considera o concurso de agentes para a realisação de fins criminosos, de diversos modos, a saber:

a) De um modo geral, concurso de agentes para a execução de um crime determinado — *concursum delinquentium* ou *concursum plurium ad idem delictum* (arts. 17, 18 e 21).

Trata-se, neste caso, de crime que não tem necessidade absolutamente para a sua essencia juridica de mais de um agente, e dahi porque o concurso se diz *facultativo* (*concursum facultativum delinquentium*). Para regulal-o devidamente, procura-se determinar os papeis respectivos dos participantes, a natureza e a medida da responsabilidade, e, em consequencia, a pena applicavel a cada um.

O concurso neste caso forma o objecto da *theoria da cumplicidade*, sensu lato.

b) Concurso como elemento para a existencia do crime ou de uma forma aggravada do crime. O concurso neste caso diz-se *necessario* (*concursum necessarius delinquentium*), porque a participação de diversos agentes entra na configuração do crime, como seu elemento necessario ou natural. Estão neste caso, a bigamia, o adulterio, etc., e para constituir forma aggravada do crime, o concurso é necessario nos casos dos arts. 196, § unico, 268, § 2.º, 329, § 3.º.

Nos casos de concurso facultativo e necessario, o concerto criminoso só é punivel quando consummado ou tentado fôr o crime visado pelos agentes.

c) Concurso para commetter determinados attentados e crimes politicos, punido o concerto por si mesmo como crime politico, e antes do começo da execução.

Estão neste caso a conspiração (art. 115), a sedição (art. 118), o ajuntamento illicito (art. 119).

Estas formas delictuosas comprehendem-se tambem na categoria anterior, por isso que o concurso de agentes lhe é elemento necessario, determinando até a lei o numero, mas se distinguem dos outros crimes nella comprehendidos, em que o concerto é punido por si mesmo, independente do começo de execução.

Vamos apreciar agora a primeira categoria de concurso de agentes, isto é, a cumplicidade, sensu lato, ou participação facultativa em um mesmo crime.

111. — O concurso de varios agentes no mesmo crime — *concursum plurium ad idem delictum*, se distingue do concurso de crimes — *concursum delictorum*, porque alli ha unidade de delicto e plu-

ralidade de delinquentes, e aqui ha pluralidade de delictos, podendo haver unidade ou pluralidade de delinquentes.

Do concurso de crimes, para os efeitos penaes, se occupa o codigo no art. 66. Assim, a primeira nota especifica do *concurso de agentes* ou *participação criminosa*, de que nos vamos occupar agora, está em que o crime commum não se fracciona entre os agentes, mas se reproduz em cada um delles, constituindo um todo para todos e para cada um — *tot. sunt injurioe quot et personoe injuriam faciendum* (L. 34, D. *De injuriis*).

Não tem havido, porém, uniformidade em doutrina, com reflexo nas legislações, na apreciação, dos diversos aspectos que póde offerrecer a figura da participação criminosa.

Assim, no tocante á nomenclatura, se para os tratadistas italianos o concurso se denomina equipollentemente de *codelinquencia*, de *participação* ou de *cumplicidade*, sensu lato, para os autores francezes a denominação preferida é de *cumplicidade*, equiparados como são pela legislação respectiva, no tocante á pena, os diversos agentes.

Denominado por um ou por outro desses termos, o concurso se diz *egual* se ha simples pluralidade de agentes principaes, *socii criminis*, chamados geralmente *autores*, *co-autores*; *desigual*, se a pluralidade comprehende autores e *agentes secundarios* ou *auxiliares*, *socci in crimine*, commummente chamados *cumplices*, em sentido restricto.

Egual ou desigual, o concurso presuppõe como elemento essencial o concerto entre os seus agentes para a pratica do crime, nesse concurso de vontades existindo o laço, o nexu que os prende na responsabilidade pelo delicto committido.

Difficuldades insuperaveis, porém, têm surgido para extremar ou differenciar devidamente os agentes principaes dos agentes secundarios. No proprio dominio da escola classica, dois criterios têm sido adoptados, dando logar á formação de duas theorias, a *objectiva* e a *subjectiva*, que na Allemanha melhor foram delineadas e desenvolvidas.

112. — A *theoria objectiva*, defendida por FEURBACH e a maioria dos classicos, e orientadora da generalidade das legislações, toma por base a natureza dos actos e a distincção entre *causa* e *condição*, considerando como *autor* aquelle que dá causa ao delicto, e quando dá causa juntamente com outros, *co-autor*, e como *cumplice* aquelle que apenas concorre como *condição* para a producção ou o não impedimento do delicto. Mas o criterio assim adoptado tem sido impugnado como falho de cunho scientifico, porque na producção do crime, como na producção de qualquer outro phenomeno, não ha que distinguir entre causa e condição, todos os factores antecedentes sendo indispensaveis para que o evento se dê.

Effectivamente, como nota LISZT, em todos os casos e sem excepção alguma, a efficacia da acção humana com relação ao resultado depende do concurso de uma série de circumstancias externas, que não se pôde pensar supprimidas, sem que se nos apresente tambem mudado o curso das coisas.

Sómente podemos designar a acção humana como causa de um resultado no sentido limitado e discreto, segundo o qual a causa não é mais do que uma das muitas condições necessarias do resultado.”

Dahi porque inuteis têm sido as tentativas feitas para traçar a fórmula distinctiva entre causa e condição, na accepção pretendida, tal a divergencia entre os escriptores, para uns causa sendo a condição que converte em anormal o curso normal (VON BAR, ZITELMANN); para outros, a que dá a direcção decisiva ás circumstancias (BINDING, ORTMAN, MEYER, OLSHAUSEN); para outros, a condição mais efficaz (BIRKMEYER), etc.

Nestas condições, a classificação dos codelinquentes em autores, co-autores e cúmplices depende, em ultima analyse, do modo por que o legislador concebe a importancia do papel, que cada um delles desempenha no drama do crime, da contribuição com que cada um concorre para a producção do resultado, isto é, depende de regras positivas, fundadas em considerações abstractas e mais ou menos arbitrarías.

Em definitiva, é uma distincção meramente empirica, meramente quantitativa. Caminhe um pouco mais o cúmplice e será autor, retraia-se este e não será mais do que um cúmplice.

Dahi a grande variedade e confusão dos systemas vigentes nas legislações e da nomenclatura incerta e ás vezes contradictoria.

Assim, para umas legislações, na categoria de autores se incluem: 1.º) aquelles que executaram o acto constitutivo do delicto; 2.º) aquelles que cooperaram directamene nesta execução; 3.º) aquelles que, resolvendo o delicto, instigaram outros a commettel-o (cods. italiano, art. 63, belga, art. 66, hespanhol, art. 13, portuguez, art. 20, argentino, art. 21, etc.).

Para outras legislações, na classe de autores se incluem só executores e cooperadores immediatos, excluidos os instigadores, que passam a ser considerados cúmplices, agentes secundarios.

Por isso que o delicto é um ser juridico, diz CARRARA, resultante da contradicção entre um *facto* e a *lei*, não pôde existir se a lei não fôr materiaimente offendida por um *facto* e sómente é autor deste *facto* quem o consummou *materialmente*. Aquelle que concebeu a idéa e que confiou a sua execução a outro, é o *autor da idéa*, mas não da *offensa á lei*. Poderá ser considerado o *primeiro motor* do delicto, mas não seu *autor*.

Contra esta theoria, reputada muito material, insurgiram-se ROSSI e outros, classificando como *autor intellectual* o instigador, e *autor material* o executor e o cooperador immediato, argumen-

tando que compondo-se o delicto de dois elementos essenciaes, o moral e o material, a resolução e a acção, é autor não só quem o concebe, o resolve, como quem, cedendo á determinação de outrem o executa. E' a theoria suffragada pelo primeiro grupo de legislações, apontadas acima.

Para outras legislações, autor de um delicto é sómente aquelle que sciente e voluntariamenae executou o acto da consummação ou da tentativa do delicto, passando os instigadores, cooperadores e demais participantes para a categoria de cúmplices (codigos francez, arts. 59 e 60, allemão, arts. 47 e 49).

Nota-se ainda, em alguns codigos, o desvio injustificavel da orientação que preside á classificação de autores e cúmplices.

Effectivamente, como condição do delicto, ou como cúmplice, o agente só póde assumir essa posição nos momentos que antecedem ou acompanham a execução do delicto, e consummado este, sómente quando antes houver promessa de favorecimento ou cooperação, por isso que é materialmente impossivel tomar parte, mesmo indirectamente, em delicto já consummado.

Entretanto, como cúmplicidade *a posteriori*, sem laço volucional algum com os actos preparatorios ou de execução do delicto, vemos a receptação de pessoas ou de coisas, noz arts. 61 e 62 do codigo penal francez, casos transplantados para os nossos codigos e para o belga, no tocante á receptação de pessoas, no art. 66, e de que nos occuparemos adiante.

Mas as divergencias não se limitam só ao criterio differencial de auteres e cúmplices, vão ainda á extensão da responsabilidade de cada um, e consequente penalidade.

Se ha accordo em considerar a criminalidade do cúmplice como derivada ou emprestada dos actos do autor, de sorte que os actos do cúmplice por si sós nada significam, recebendo o character criminoso da relação que mantém com os actos do autor, todavia essa criminalidade de emprestimo, para uns é absoluta, egualando autor e cúmplice na mesma pena, para outros é relativa, o cúmplice devendo ser punido com pena mais attenuada.

113. — Procurando outro criterio differencial entre os agentes do crime, a *theoria subjectiva*, prescindindo da natureza dos actos, pretende encontral-o em aspecto puramente subjectivo. Dois pontos de vista foram seguidos.

Para uns autores, o criterio está no dolo, por isso que a intenção do autor é de commetter elle proprio o delicto, a intenção do cúmplice é de auxiliar outrem a commetter o delicto, de empregar a propria actividade para que se exerça a vontade delictuosa de outrem; o autor quer o delicto como factio proprio, o cúmplice quer o delicto como factio de outrem (BERNER, HALSCHER, etc.).

Outros distinguem o fim e o interesse: o autor age por um interesse proprio, o cúmplice por um interesse de outrem (VON BURI, etc.). Estas fórmulas se encerram indicações que podem ser uteis em certos casos, em muitos outros não se compadecem com a realidade, a intenção ou o interesse de autores ou cúmplices não se differenciando.

Assim, o criterio buscado não resolve a questão em toda a sua actuação pratica.

114. — No campo das novas escolas penaes, procurou-se solucionar a questão por outro modo, abstrahindo-se das relações entre os agentes do crime, e tendo-se em consideração a individualidade de cada um, para firmar a respectiva responsabilidade e consequente punição.

A participação de cada agente, considerada autonomicamente, assume o character de um delicto especial, cada agente considerado, pois, como autor e punido segundo a sua temibilidade, ou as condições de anti-sociabilidade que apresentar.

O principio regulador é — *a cada um segundo sua temibilidade ou nocuidade*, e não — *a cada um segundo suas obras*, ponto de vista do clacissismo, graduando-se e individualizando-se a pena em face de cada agente, sem preocupação do papel que tenha exercido na acção commum. É a theoria chamada em França — “*theorie de la complicité délit distinct*”, e na Allemanha — “*Theorie der Verselbstandigung der Teilnahme*”, theoria da autonomia da cúmplicidade, discutida no Congresso da União Internacional de Direito Penal, em Linz, no anno de 1895 (THIBIERGE, SAUVARD, NICOLADONI, GETZ, LISZT, BIRKMEYER, FOINITSKI). Nessa theoria se inspiraram o codigo penal da Noruega, §§ 58 e 59, e o projecto do codigo federal suiso, em sua segunda forma.

115. — O nosso codigo, occupando-se do concurso de agentes no mesmo crime, estatúe no art. 17, que são *autores e cúmplices*, disposição esta redundante, porquanto a distincção dos agentes, por esse modo, ficou estabelecida nos arts. 18 e 21. Cingindo-se á forma do anterior codigo (arts. 4 e 5), poderia dizer sem redundancia: São criminosos, como autores, os que... (o mais como no art. 18).

São criminosos, como cúmplices, os que... (o mais como no art. 21): Do contexto dos arts. 18 a 21, se verifica desde logo que o legislador se ateu aferradamente á theoria objectiva, distinguindo os autores e cúmplices tão sómente pelos actos, que taxativamente enumera.

Não teve em conta que, sendo méramente empirica a distincção preconizada, e, por consequente, desprovida de cunho de certeza e uniformidade, além das consequencias excessivas a que póde con-

duzir, pela criminalidade de emprestimo que dá aos cúmplices, que não podia orientar devidamente a administração da justiça.

Depois, se não se julgou com animo preciso para seguir a trilha aconselhada pela sciencia, cumpria ao legislador escoimar a materia de todas aquellas imperfeições já postas em relevo pela critica e pela pratica judiciaria, de sorte a reduzil-as ao minimo possivel, quando eliminadas não pudessem ser.

Infelizmente assim não aconteceu, incidindo o legislador no erro de manter exactamente aquillo que exhaustivamente era apontado como vicioso.

Além dos inconvenientes oriundos de enumerações taxativas, porfiou o legislador em qualificar de cúmplices os asyldores e receptadores, os quaes mesmo dentro da escola classica, pelo escol de seus sectarios, não são considerados como taes, e, antes, pelos mais recentes e melhores codigos, tidos a receptação e asylo como figuras delictuosas especiaes, como fazem o allemão, arts. 257 e 259, o italiano, arts. 225 e 421, a cuja orientação podia e devia cingir-se nesse ponto, escoimando-se dest'arte nosso direito da anomalia de considerar como de cumplicidade *post delictum*, factos sem nexo com as suas phases preparatoria e de execução, anomalia que vem desde o anterior codigo.

Além desse e outros defeitos, de fundo e de forma, que serão notados, resente-se o codigo de lacunas sensiveis, como a falta de normas sobre a communicabilidade de circumstancias pessoas ou materiaes entre os participantes do crime, assumpto de relevancia evidente, e não uniformemente apreciado em doutrina, pelo que sua regulamentação se impunha.

116. — Antes de apreciar as modalidades da participação e questões attinentes, segundo o texto legal, é necessario firmar as regras que o legislador adoptou como orientadoras do assumpto.

Para que a participação seja punivel é necessario que preencha os seguintes requisitos:

- 1) que se refira a uma acção punivel como crime;
- 2) que os agentes tenham participado na acção punivel pelo modo precisamente estabelecido pela lei;
- 3) que os agentes tenham participado na acção punivel sciente e voluntariamente.

#### 1.º REQUISITO

A participação deve referir-se a uma acção punivel como crime, por isso que não tem por si só character illicito, só o adquirindo pela ligação á infracção.

Consequentemente, fica impune se se referir a uma acção legitima, ainda que prejudicial a outrem; ou se se referir a uma acção

illicita, mas não prevista pela lei penal, ou cujo character delictuoso tenha sido apagado por motivos legais.

Assim, não ha participação punivel na intervenção a favor de quem reage em estado de legitima defesa, porque a justificativa salva o agente principal e o auxiliar; no caso do induzimento ou de fornecimento de meios a outrem para matar-se, por isso que o suicidio não é crime, qualificando, porém, a lei aquelles factos como crimes especiaes (art. 299); no caso de amnistia, pois abolido o crime, não ha mais participantes; no caso de prescripção, pois extincto o procedimento, não ha que cogitar mais de agentes do crime.

Não se deve, porém, generalisar o principio de que não sendo punivel o agente principal, não o sejam tambem os participantes accessorios, porquanto casos ha em que, por motivos especiaes a lei isenta da punição o autor do crime, sendo, entretanto, puniveis os cumplices.

Assim, no caso do art. 335, o individuo que furta de seu ascendente, não é passivel de pena, mas nesta incorrem os participantes não vinculados ao offendido por gráo de parentesco previsto por aquella disposição.

117. — Referindo-se a uma acção punivel, é necessario ainda que a participação se effectue mediante cooperação efficaz para a realisação do crime.

A nomenclatura dos arts. 18 e 21 mostra desde logo que a participação deve se traduzir por esse modo.

Não basta, pois, querer o crime, que outros tambem querem; mas é necessario operar para sua realisação, quer por actos moraes, como a instrucção, quer por actos materiaes.

Não ha, pois, participação por simples inacção ou omissão. Inadmissivel é conseguintemente a participação sem concurso de acção, chamada pelos autores, ora cumplicidade *negativa* (TISSOT), ora *connivencia* (PUTTMANN, RAS), ora *reticencia* (RANDWICK).

Consiste em guardar silencio sobre um delicto projectado por outrem, não denunciando-o á autoridade e assim deixar que seja consummado.

Se em certos casos tal silencio foi erigido em crime especial, não póde, porém, assumir o character de participação no crime não revelado ou não impedido.

Observa CARRARA que, não havendo concurso de *acção*, a participação fundada sobre o puro concurso moral quer um acto positivo e efficaz da vontade adherente ao delicto.

Ora, esta adhesão, em tal caso, não teria outro fundamento senão uma *presumpção*: a presumpção que aquelle que conheceu o desigño criminoso de outro, deixando de declaral-o, *queria* que o delicto se consummasse.

Assim, esta pretendida cumplicidade assimila um estado negativo da vontade a um estado positivo; ou, se fundado sobre a *presumpção* de um desejo, converte este *desejo* presumido em uma vontade detida, e de supposição em supposição chegar-se-ia a attribuir a uma vontade culposa o que pôde ser o effeito do pudor, do temor de um perigo pessoal, ou da commiseração.

Não se deve, porém, confundir a participação ou cumplicidade negativa com a participação por *actos negativos*, forma esta inteiramente admissivel.

Tal o caso em que alguém promettesse não revelar o crime e tal promessa influísse na determinação criminosa, ou quando a presença inactiva no logar do crime fosse previamente combinada com o agente para vigiar ou prestar-lhe auxilio.

118. — Segundo o código a participação se refere só a uma acção punivel como CRIME, salvo naturalmente aquelles crimes que a excluem por sua natureza ou por motivos especiaes. Não ha, pois, participação punivel em relação ás *contravenções*.

Effectivamente, exigindo a participação ou concurso, como vimos (n.º 111), e adiante explanaremos mais detidamente, como requisito moral essencial, o conhecimento da acção criminosa e consciencia no agente de que nella participa com outros para a obtenção do fim criminoso, é inadmissivel nas contravenções, onde não se requer a intenção malefica, e apenas a voluntariedade da acção, o que resalta de sua propria definição (art. 8), em confronto com a do crime (art. 7), e já mostramos (n.º 81).

Na contravenção, pois, só pôde ter logar a autoria material, e dada a intervenção de mais de um agente, não ha participação punivel, nos termos dos arts. 18 e 21, mas simples concurso de agentes, cada um respondendo como se fosse autor de uma infracção distincta, exactamente como se dá nos crimes culposos (n.º 123).

O nosso código seguiu assim a mesma orientação dos códigos que limitam a participação ao crime ou delicto, como o francez, arts. 59 e segs., belga, arts. 66 a 69, rumainico, arts. 47 e segs., servio, art. 46, grego, art. 56, turco, art. 45, egypcio, art. 67.

119. — Empregando o termo *crime* nos arts. 18 e 21, parece que o legislador tem em vista uma infracção consummada, excluindo, por consequente, a participação na tentativa.

A expressão, porém, é empregada para mostrar que a participação deve se referir á infracção do preceito legal, e tal infracção não deixa de existir mesmo quando o direito ou o bem juridico não seja offendido, e sim posto em uma situação de perigo, como na tentativa, razão pela qual esta é tambem punivel.

E qualquer duvida se dissiparia em face do art. 64, que declara a cumplicidade da tentativa punivel com as penas desta, menos a terça parte (vide n. 98, onde se encarou a posição das participantes na tentativa punivel).

A solução não é a mesma em caso de tentativa de participação, figura concebivel, mas não passivel de pena hodiernamente, mas incriminada nos delictos politicos, segundo o direito romano e legislações posteriores, nelle inspiradas.

Ha tentativa de participação quando os actos, pelos quaes se pretendeu tomar parte em uma infracção, não surtiram effeito, ou não tiveram influencia sobre a mesma infracção. Se a infracção, em que se pretendeu participar, não teve começo de execução, uma tentativa de participação não se póde conceber, por isso que é impossivel cooperar em uma empresa que não foi começada.

Dado o começo de execução da infracção ou sua consummação, sem que influencia alguma ahi tivessem os actos do participante, por exemplo, porque o agente não seguisse as instrucções recebidas, ou não adoptasse os meios fornecidos, a tentativa de participação não é punivel, porque os actos que a constituíram não se prenderam a infracção por laço algum, e só dada essa relação é que taes actos, salvo o caso de constituirem uma infracção *sui generis*, poderiam receber o character delictuoso, todo derivado da acção principal.

## 120. — 2.º REQUISITO.

A participação só é punivel quando os agentes tiverem cooperado na infracção pelo modo precisamente estabelecido pela lei. E' o systema que vigora na maioria das legislações vigentes, excluido assim o systema contrario, do arbitrio judiciario, ou daquelle que outorga ao juiz o poder de reprimir qualquer acto de participação.

Justificando o systema legal, pondera HAUS, que se fosse concedido aos juizes reprimir todos os actos de participação, as provocações mesmo indirectas, as instigações ou excitações de toda especie, despojados estariam os cidadãos das garantias a que têm direito.

Cabe, pois, ao legislador o dever de especificar as circunstancias constitutivas da participação criminosa, definir, com toda a precisão possivel, os factos pelos quaes possa ter logar a cooperação punivel.

Conforme a este principio, as disposições relativas á participação são essencialmente limitativas, e não admittem consequentemente nenhuma applicação analogica.

Mas entre o systema da enumeração taxativa dos actos da participação, e o do arbitrio judicial, um justo meio termo é concebivel, que evita os perigos e inconvenientes de um ou de outro desses sys-

temas, garantindo ao mesmo tempo não só direitos individuaes, visados exclusivamente pelo systema legal, como tambem os interesses sociaes.

Esse meio está em usar o legislador de termos claros e comprehensíveis, de forma a abranger todos os factos congeneres, adaptando assim a lei ás contingencias de factos nas suas variadissimas modalidades.

Neste sentido se orientou o codigo penal italiano, especialmente no determinar a cooperação do autor moral ou instigador, pois em vez de entrar na enumeração dos meios constitutivos da provocação ou instigação, como faz o codigo penal francez, art. 60, limitando-a aos *dons, promessas, ameaças, abuso de autoridade ou artificios culposos*, usa de termo amplo, comprehensivo desses e outros meios equivalentes, considerando como agente aquelle que *determinou outro a commetter a infracção (reato)*.

Assegura-se assim a liberdade individual e a ordem social, tanto quanto possivel.

121. — O nosso codigo ateve-se porém, ao systema da enumeração taxativa, o que se verifica desde logo dos dispositivos dor artigos 18 e 21. Assim estatuinto, o legislador procurou dissipar as duvidas e incertezas que no assumpto reinavam, ante a redacção dos arts. 4 e 5 do anterior codigo, que era increpado por demais vago e até ambiguo; mas procurando corrigir, cahiu no vicio opposto, em prejuizo dos interesses sociaes, porquanto encerrou os modos de participação em estreitos limites, deixando assim impunes outros equivalentes e tanto ou mais efficazes para a producção do crime.

No art. 4 estatua o codigo anterior serem criminosos, como *autores, os que commetterem, constrangerem ou mandarem alguem commetter crimes*, e no art. 5, serem criminosos, como *cumplices*, todos os mais que *directamente concorrerem para se commetter crimes*.

Questionava-se se se na expressão — *commetterem*; se incluia só o executor material do acto constitutivo do crime, ou se tambem os que cooperassem immediatamente na sua execução, e como o texto não offerecia base para solução, era o juiz que resolvia, ora applicando a cooperadores immediatos as penas da autoria, ora as da cumplicidade, conforme seu ponto de vista.

Para muitos inutil era a segunda categoria de autores, por estar comprehendida na primeira, se o coautor levar a coacção até ao ponto de supprimir a liberdade do coagido, então mero instrumento, por ex.: pelo hypnotismo, ou servindo-se de um não imputavel, como o louco, o impubere, ou mesmo imputavel, mas induzido em erro, como a enfermeira que administra arsenico ao doente em vez de assucar, casos em que só ha um responsavel, o autor *mediato*.

Inutil ainda porque, se o coautor não levar tão longe a coacção, torna-se o coagido responsavel, o caso é de instigação e está comprehendido na terceira categoria (JOSÉ HYGINO).

Quanto ainda á collocação do mandante, duvidas ainda surgiam, pois alguns entendiam até que não estava comprehendido na formula do art. 4 (DIDIMO JUNIOR), outros que se incluía no termo — *mandarem* (THOMAZ ALVES, FRANCISCO LUIZ, etc), outros no termo — *commetterem*, etc.

Razão não têm, pois, LIMA DRUMMOND e João VIEIRA quando, referindo-se especialmente á autoria intellectual do § 2.º do art. 18 do codigo vigente, dizem que ahi se encerra apenas uma enumeração exemplificativa, affirmativa que o segundo sustenta argumentando que o legislador não podia ignorar que em direito penal a expressão — *mandato* — comprehende todas as formas da codelinquencia, pelo que o termo — *mandato* — do citado § 2.º não póde ser tomado em sentido estricto, no rigor do direito civil, mas na accepção ampla.

E tanto é assim, diz ainda, que no proprio codigo vemos outras formas de participação executadas por meios diversos do mandato em sentido estricto, como nos arts. 126, 214 e segs. A' vista disso, entende que se póde “assentar como um principio, na codelinquencia, que aquelle que, por qualquer especie de influencia consegue fazer de outrem instrumento de sua propria vontade para realizar um crime, está comprehendido no art. 18 do nosso codigo.”

Não procede o argumento expellido, porquanto além da razão historica apontada, que levou o legislador ao casuismo do artigo 18, á 2.º, esta mesma disposição mostra que elle quiz tomar o mandato no sentido estricto, o mandato simples, desacompanhado de dadas, promessas, ou daquellas circumstancias que o tornariam qualificado, por isso que destacou, na mesma disposição esses factos ou circumstancias como outros tantos meios constitutivos tambem de autoria intellectual.

Não procede ainda o argumento tirado dos arts. 126 e 214 do codigo, porque os meios ahi descriptos não são formas de participação, mas elementos ou extremos dos crimes qualificados.

Consoante o systema adoptado pelo legislador, quer na instrução criminal, quer no julgamento, não basta dizer que o accusado é responsavel como autor ou cumplice, mas é necessario determinar os factos que, segundo a lei, faz o agente assumir uma ou outra dessas posições.

Particularmente nas questões propostas ao jury, os actos constitutivos da participação devem ser referidos com precisão e destacadamente em relação a cada accusado, de sorte que o jury, nota GARRAUD, tem o dever de resolver uma questão em que o direito e o facto são necessariamente mesclados.

122. — 3.º REQUESITO.

E' necessario que o agente tenha participado na acção punivel *sciente e voluntariamente*, quer dizer que tenha conhecido a criminalidade da acção e que tenha querido a sua realisação. A participação, diz HAUS, suppõe uma união de vontades, um concerto entre diversos individuos, tendo um projecto commum, e querendo a realisação desse projecto com a cooperação de todos.

Este concurso de vontades, para conseguir um fim commum, produz o laço, que une os agentes na mesma infracção, e que os obriga a responder penalmente por essa infracção, em virtude da actividade collectiva, embora cada um tenha apenas executado uma parte da acção punivel.

Se varios individuos concorrem para produzir o mesmo resultado ou deixam em commum de desvial-o, mas cada um delles procede por si dolosamente, sem a consciencia de uma actividade collectiva, ha pluralidade de infracções, e cada um só póde ser responsavel pelo que fez.

Ha no caso, diz LISZT, uma *autoria collateral*.

A moralidade da participação compõe-se assim de dois elementos : o *conhecimento* e a *vontade*, pelo que a falta de um ou de outro exclue a participação punivel.

Convém, entretanto, distinguir, pela analyse, esses dois elementos e apreciar-os separadamente.

a) Para ser considerado participante é necessario primeiramente que o agente tenha *conhecimento* da infracção em que intervem, (*conscientia sceleris*), e, assim, na ausencia desse conhecimento não póde ser considerado co-autor ou cumplice.

Ha certos modos de participação que implicam por si mesmos esse conhecimento, por isso que não são susceptiveis de duas explicações differentes.

*Res ipsa in se dolum habet*. Tal o caso da cooperação directa na execução do crime, da provocação ou das instrucções para commettel-o.

Em outros casos, o conhecimento do projecto criminoso não resulta *prima facie* da natureza mesma do acto de cooperação, pelo que a indagação minuciosa desse conhecimento se impõe. Essa distincção foi tomada em consideração pelo codigo penal francez, nos arts. 60, 61 e 62, onde a condição do conhecimento não é exigida expressamente nos casos de provocação e de instrucções para commetter a infracção, e só nos casos de fornecimento de meios para a execução, de auxilio ou assistencia ao autor, nos actos preparatorios ou de execução, por isso que nestes casos o conhecimento do fim delictuoso não resulta como consequencia unica e immediata.

E a jurisprudencia, consoante o texto e o espirito da lei, tem decidido que o jury deve ser expressamente interrogado sobre esta condição nos ultimos modos de participação apontados, mas que póde sel-o *implicitamente*, pela mensão mesma do modo de cooperação, no que diz respeito á participação por provocação ou por instrução.

b) Não basta ter contribuido scientemente para o commettimento de uma infracção, para ser considerado co-autor ou cumplice, mas é necessario ainda que haja concorrido *voluntariamente*, isto é, na *intenção* de particular da infracção, com o *designio* de facilitar sua preparação ou execução.

Esta condição é tão necessaria como a primeira, porque a resolução criminosa se compõe de dois elementos: o conhecimento e a vontade.

De outro lado, a participação criminosa suppõe o concurso de muitas vontades unidas entre si para realizar um projecto commum. Na maior parte dos casos, o agente que contribuiu scientemente para a existencia de um crime, deve ter querido cooperar para tal fim.

Mas, como nota HAUS, não é regra absoluta, porque é possível proporcionar scientemente meios a uma pessoa para executar uma infracção, sem ter entretanto o designio de participar nella.

O serralheiro que sabe que as chavas encommendadas são destinadas a commetter um furto ou roubo, não tem por isso o designio de se tornar cumplice do crime, sobretudo quando não vae compartilhar dos seus proventos; não se preoccupa com o fim projectado; o que lhe importa é ganhar um bom salario.

Sem duvida age fraudulentamente, commette um crime *sui generis* (art. 361 do nosso codigo); mas não é responsavel por cumplicidade, por isso que não prestou seu concurso aos ladrões e por interesse commum.

Assim, quando a prova da vontade de cooperar no crime não resulta necessariamente do conhecimento que tinha o agente de facilitar com sua acção a execução desse crime, ella só póde resultar do concerto formado entre os codelinquentes.

Seguindo a doutrina exposta, o nosso codigo diversifica, porém, do codigo francez porque não estabelece a clausula do conhecimento do fim delictuoso naquelles casos em que tal conhecimento não resulta como consequencia unica do acto de participação, por isso que o elemento intencional, o conhecimento da criminalidade da acção, é estabelecido coma regra geral no art. 24.

Sómente nos casos de receptação e de asylo a malfeitores, por isso mesmo que são muito especiaes, é que exige expressamente o conhecimento, nas expressões — *sabendo, conhecendo*.

Nestes casos ha necessidade que o jury seja interrogado sobre o elemento intencional, o mesmo não acontecendo com relação aos outros casos de participação, cuja criminalidade resulta, pelo nosso

systema do questionario, da negativa das circumstancias dirimentes ou justificativas, ou quando estas não tenham sido invocadas, do reconhecimento da questão principal.

123. — Por isso que a participação em uma infracção sómente é punivel quando intencional, resultante de prévio concerto, é evidente que não se pôde verificar nos delictos culposos.

É certo que nas acções culposas pôde haver participação voluntaria de varios agentes, mas não constitue co-autoria ou cumplicidade no sentido legal, porquanto querendo agir juntamente, os agentes não tiveram intenção de commetter uma infracção. Em contrario têm opinado CHAUCHEAU e HELIE, TREBUTIEN, GARRAUD, SETTI, IMPALLOMONI, ALIMENA, STOPPATO, ANGIOLINI, e outros.

MASINI vê a possibilidade da participação nos delictos culposos, nos casos de ordem e conselho, quanto ao concurso de vontade sem concurso de acção, e que deve limitar-se só á participação na consummação da acção culposa (co-autores, ainda que com mera presença), quanto ao concurso de acção e de vontade. Nessas duas figuras de cumplicidade, applicaveis á culpa, é necessario que o cumplice esteja presente á consummação da acção culposa, ao contrario do que se dá nos crimes dolosos nos quaes a presença do cumplice nessa phase não é sempre exigida.

A jurisprudencia franceza tem admittido tambem a participação nos delictos culposos, sendo de notar especialmente a decisão da Corte de Cassação, de 8 de setembro de 1831, em que se lê:

“Rien n'implique contradiction à declarer un accusé complice par promesses, menaces, instruction, aide ou assistance, de l'imprudence ou de la negligence qui ont occasioné un homicide involontaire.”

Na jurisprudencia italiana não se encontra diretriz firme, pois arestos têm admittido a participação em delictos culposos, e outros a têm regeitado.

Mostrando que erronea é a opinião dos que admittem a participação em taes delictos, em face da theoria do concurso de varios agentes no mesmo delicto, assim se externa SIGHELE :

“Já Ulpiano dizia: *nec consilium vel opem ferre sine dolo malo memo potest*. A falta de dolo; é esta a causa que segundo ULPIANO e segundo tambem a minha modesta opinião torna impossivel a existencia da cumplicidade nos delictos culposos. A contradicção não o consente. Com effeito, nos delictos culposos falta a vontade de delinquir, além da previsão actual dos effeitos da própria acção; por consequente não pôde existir o accordo de varias

vontades com o fim de conseguir um resultado delictuoso que não se quiz nem se previo.

A estas palavras tão claras como a luz meridiana fazem uma objecção em apparencia subtil, porém, simplesmente especiosa. Dizem: e certo que não pôde haver accôrdo sobre o resultado delictuoso que não se quiz nem se previo, porém, pôde haver accôrdo sobre o facto que produziu a lesão não desejada nem prevista; este facto é voluntário e pôde implicar o concurso material ou moral de varias pessoas. E citam o conhecido caso do cocheiro que fustiga os cavallos no meio da multidão por ordem de seu patrão que vae dentro do carro; o homicidio causado por esta imprudencia terá como autor o cocheiro e como cumplice o patrão, porque entre elles houve accôrdo sobre o facto de fustigar os cavallos, um deu a ordem, o outro cumpriu, e este facto occasionou o homicidio.

Para refutar esta objecção basta observar que a culpa sómente é punida quando produz um damno.

Se eu disparo imprudentemente uma espingarda em logar frequentado, este acto só é delicto se eu feri ou matei uma pessoa. Pelo contrario, nos delictos dolosos, só o acto, independentemente das consequencias que pôde produzir, constitue sempre um delicto; delicto consummado ou tentativa, segundo os casos, porém, sempre delicto, ainda quando o tiro não attingiu a pessoa contra a qual o dirigi.

E' portanto evidente que se o damno produzido é o unico elemento que converte em delicto os factos de imprudencia, de negligencia, etc., para que nos delictos culposos pudesse haver cumplicidade, seria necessario que o accôrdo das duas vontades recahisse, não sobre a voluntariedade do facto imprudente, mas sobre a voluntariedade do damno causado.

Mas neste caso não haveria culpa e sim dolo.

Este argumento é irresponsavel."

Assim, no concurso de varias pessoas em uma acção culposa criminosa, o que se verifica é a coincidencia de duas ou mais vontades, cada uma das quaes tem os seus motivos especiaes, mas não ligadas pelo vinculo de um concerto prévio em vista do fim criminoso.

Cada um dos agentes deve, em consequencia, responder individualmente, como autor de um delicto não intencional ou culposo. São autores simultaneos, ou *autores collecterats*, no dizer de LISZT, cuja posição não se rege, pois, pelas regras da participação em uma mesma acção criminosa.

E' neste sentido que o nosso codigo considera a participação de varias pessoas em um crime culposo, como se pôde ver pelos arts. 297 e 306, que qualificam o homicidio e as lesões corporaes por acção culposa.

Que as regras geraes da participação, constantes dos arts. 18 e 21, não têm applicação aos casos culposos, é o que mostra estatuinto especialmente sobre a concorrência de varios agentes em um mesmo crime cúlposo, distinguindo uns de outros segundo *directa* ou *indirecta* fôr a relação da acção respectiva para com o resultado produzido, dintincção que não acarreta diversidade de pena, que é a mesma a applicar a cada um, como autor de uma acção distincta.

O codigo foi realmente feliz, diz VIVEIROS DE CASTRO.

Com effeito, repugna ao bom senso juridico admittir cúmplices no homicidio involuntario (ou nas lêsões corporaes involuntarias, accrescentamos).

A cúmplicidade importa na cooperação voluntaria e consciente para a realização de um facto que se deseja, que se previo. Ora, como cooperar para facto imprevisto, não desejado ?

Mas é de toda a justiça responsabilisar e punir quem por falta de previdencia ou falta de precaução foi a causa indirecta do facto nocivo. Se o patrão não tivesse dado a ordem de fustigar os cavallos, o cocheiro não se teria lançado atravez da multidão.

Da imprudencia, da imprevidencia de ambos houve victimas. Ambos devem ser processados e punidos como co-autores do facto. E isto é tanto mais justo quando ordinariamente a causa da imprudencia, da imprevidencia dos autores indirectos é a ganancia, a avidez sordida do lucro.

O industrial não quer pagar um engenheiro, um profissional habilitado para dirigir sua fabrica, emprega um individuo sem as necessarias habilitações, porque percêbe um salario mais modico. A ignorancia deste individuo faz a machina explodir, do desastre resultou a morte de varios operarios. O pretenso machinista é o autor directo deste homicidio involuntario, é punido pela sua imprudencia de dirigir uma machina sem saber o officio. O industrial é tambem co-autor de facto, revelou falta de previdencia, foi a causa indirecta empregando um individuo ignorante.

O pretenso machinista é um vaidoso, confiava presumidamente em habilitações que não tinha.

O industrial é um ganancioso, sacrificava ao seu lucro a segurança e a vida de seus operarios.

Seria até uma revoltante injustiça responsabilisar sómente um, deixando o outro impune.

124. — Nos crimes instantaneos, por isso que são resolvidos e executados em um movimento de paixão subito e imprevisto, ex-improviso, sem deliberação, não pôde ter lugar, em regra, a participação.

Mesmo que intervenham diversas pessoas, cujas vontades e forças concorrem para a producção do crime, não podem ser consi-

deradas co-autores ou cúmplices, por isso que falta o concerto que tornaria *commum* a todas a mesma acção delictuosa. Haverá, então, tantas infracções distinctas quanto os factos individuaes.

Tal o caso de um homicídio commettido por muitas pessoas em uma rixa não concertada préviamente.

Nas fontes romanas encontramos a consagração desse principio : *Si un rixa homo percussus perierit, ictus uniuscujus que in hoc collectorium (impetu) contemplari oportet.* L. 17, D. *ad legem Corneliæ de sicaris* (48, 8).

Mas, como bem observa HAUS, seria erroneo considerar absoluta a regra, porquanto ainda que o crime seja resolvido e executado em um primeiro movimento, o intervallo, que separa a resolução criminosa de sua execução, póde ser bastante longo para permittir ás pessoas excitadas pela mesma paixão de unir suas vontades para o fim de commtter o attentado em *commum*.

Por sua vez nota TUozzi que, se a *consciencia sceleris* resulta, em regra, de uma deliberação precedentemente tomada em *commum*, póde tambem formar-se mediante adhesão ao proposito criminoso já assente de outro, e assim verificar-se nos delictos *ex-improviso*.

Isto mesmo mais patente se torna, diz GARRAUD, notando-se que, para formar a deliberação *commum*, bastante é, muitas vezes, uma palavra, um gesto, um volver de olhos. Assim, como no caso da tentativa de crime de impeto, regras absolutas, *á priori*, não são admissiveis; só o exame do caso concreto e de suas circumstancias, poderá mostrar se houve possibilidade de um concerto, de uma deliberação *commum*, e assim admittir ou não a participação punivel.

125. — Firmadas as regras reguladoras do concurso de agentes em um mesmo crime, passemos a apreciar a co-autória nas suas diversas modalidades.

Discriminados os agentes do crime, quanto ao *gráo* da participação, em *autores* e *cúmplices*, no art. 18 se occupa o legislador dos primeiros.

Segundo a participação tem logar só no elemento *psychico* ou moral, ou no elemento material ou *physico*, ou em ambos os elementos do crime, se discriminam os autores em quatro categorias.

Em primeiro logar, segundo o texto legal, temos o autor ao mesmo tempo *psychico*, *intellectual*, ou *moral* e *material* ou *physico*, isto é, aquelle que *directamente resolve* e *executa o crime* (§ 1.º do art. 18). Se age só é o caso da *autoria singular*.

Vêm depois as outras categorias, que constituem a *autoria collectiva*, o concurso de varios agentes todos principaes, mas cada um com feição ou posição propria.

Temos o autor *psychico*, *intellectuál* ou *moral*, que apenas concorre para a formação do elemento *psychico* ou moral do crime; isto

é, para a formação da resolução criminosa, sem tomar parte na execução (*motor criminis*, segundo os antigos tratadistas, n.º 112).

Temos ainda o autor *material* ou *physico* que intervem apenas no elemento material do crime, assumindo uma ou outra destas posições: ou é aquelle que *directamente executa o crime por outrem resolvido* (§ 4.º), ou é aquelle que, não intervindo na resolução e na execução do crime, presta, entretanto, *antes ou durante a execução, auxilio sem o qual o crime não seria commettido* (§ 3.º).

A' primeira vista parece que ficam assim separados os elementos moral e material do crime, o que prejudicaria a sua existencia; mas tal não se dá porque entre a resolução e a execução estabelece-se o vinculo da *provocação* ou *instigação*, que consiste na somma de esforços empregados por quem resolveu fosse o crime executado, afim de determinar outrem o executal-o.

A' provocação, que pôde ser feita por tantos modos quantos puderem ser suggeridos pela fertilidade da imaginação humana, foi, porém, reduzida pelo nosso codigo, no § 2.º, ás *dadivas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica*, nomenclatura que se reduz, em substancia, ao *mandato simples e qualificado*, como veremos depois.

Cumpré notar que não se devem tomar ao pé da letra as expressões — *autor moral, autor material*, mas como predominandó em um caso o elemento moral e no outro o elemento material, por quanto uma intervenção puramente moral, sem actos materiaes que a exteriorisem, não pôde ser passivel de pena — *cogitationis pœnam nemo patitur*, e uma intervenção puramente material não pôde ser egualmente passivel de pena, visto faltar a intenção.

E' de notar ainda que o autor moral ou intellectual pôde tambem intervir como co-autor material, o que tem logar quando provocou outro a cooperar com elle na mesma execução.

Passará a ser, então, autor intellectual e material.

Pôde acontecer ainda que o autor intellectual intervenha, não cooperando principalmente na execução do crime, mas por actos de cumplicidade, como os definidos no art. 21, §§ 2.º e 3.º.

Neste caso, tomando parte por diversos modos no mesmo crime, a forma mais grave de participação absorve a menos grave, assim como não são mais tomados em consideração os actos preparatorios e a tentativa, quando o crime se consumma (LISZT).

Continúa na primitiva posição de autor intellectual sómente.

126. — Além da distincção dos autores, quanto á *qualidade dos actos*, em autores moraes ou intellectuaes e autores physicos ou materiaes, o codigo attende tambem ao *tempo* ou momento em que intervem o participante, e dahi a participação *anterior* e a participação *contemporanea do crime*, ou como diziam os praticos — *ante delictum et delicti tempore*.

E' sómente nestes dois momentos que se póde verificar a participação principal, inadmissível sendo uma participação posterior ao crime, por isso que é impossivel tomar parte, como causa, em um crime já consummado.

Cumpré, porém, notar que os *crimes continuos* ou *permanentes*, que se compõem de um facto unico que se prolonga sem interrupção durante um tempo mais ou menos longo, admittem participação principal até o momento em que terminam. Tal o caso do crime do art. 181, que se consumma com a retenção da pessoa em carcere privado, ou sua sequestração, e se prolonga até ser restituída a pessoa á liberdade.

A participação principal póde ter lugar até o momento em que cesse a detenção illegal.

Da mesma maneira nos *crimes collectivos*, que se compõem da reunião de acções distinctas, oriundas da mesma orientação pratica, o que severifica nos casos de crime como *profissão*, como *occupação* e de crime por *habito*.

Nada impede que consummada a primeira dessas acções, outros agentes intervenhã para participar da segunda, e assim por deante.

O autor intellectual, por isso mesmo que é quem concebeu o crime e resolveu executal-o, por intermedio de outrem, intervem necessariamente antes de sua execução.

Nessa phase anterior póde tambem intervir o autor *auxiliar necessario* (§ 3.º), porquanto, como nota HAUS, a participação desse agente póde se manifestar pelo auxilio ou assistencia quer nòs actos preparatorios, quer nos actos de execução. E quando o nosso codigo diz, no § 3.º do art. 18 — *antes e durante a execução*, emprega a conjuncção *e* com o effeito da disjunctiva *ou*, á semilhaça do que tambem faz em outras disposições, como, por exemplo, nos arts. 21 § 1.º, 87 ns. 2, 3 e 4, 96, 11, 115 § 4, 126, 136, n.º 6, 137 § 1.º, 149, 161, 171, 176, 207 ns. 3 e 16, 209 n. 4, 245, 252, 265, 278, 326, 361, 366 e 367.

Durante a execução, intervem necessariamente o autor material executor e póde intervir tambem o auxilio necessario.

Passemos a apreciar destacadamente os autores segundo a qualidade dos actos da participação, primeiramente os autores *moraes* ou *intellectuaes* e depois os *physicos* ou *materiaes*.

## 127. — Autores *moraes* ou *intellectuaes*.

Segundo o codigo, autor intellectual ou moral é o que tendo resolvido o crime, provoca e determina outro a executal-o, por meio de dadivas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influencia da superioridade hierarchica (art. 18 § 2.º).

Embora tomados como equivalentes os termos — *provocação* e *instigação*, para denotar esta especie de concurso, todavia aquella

se distingue desta em que não suppõe o resultado respectivo, a determinação de outrem.

O mesmo deve-se dizer do *seduzir*. Mas a seducção ao contrario da provocação, suppõe influencia sobre uma pessoa determinada. A idéa de *excitação* é mais ampla, comprehende, tambem a influencia mediata ou occulta (LISZT).

E' de distinguir tambem o instigador do *chefe* e do *cabeça*, autores estes a que se referem os arts. 107, 118 e 402.

Por *cabeças* (*os duces factionum* dos romanos) devemos entender os que dirigem os movimentos dos companheiros, os directores espirituaes da empresa, do bando, do *conturbernium* (LISZT). O concurso ou participação moral ou intellectual, que CARRARA assignal-a como concurso da vontade sem concurso de acção, assume nos codigos francez, belga e outros, duas modalidades, a saber: a *provocação publica* ou *collectiva*, que se dirige ás massas, á multidão, para o commettimento de crimes, e a *provocação individual* ou *privada* que, com o mesmo fim, se dirige a pessoas determinadas.

O nosso codigo apenas considera esta ultima como forma de participação punivel, qualificando a provocação collectiva como crime especial (art. 126).

128. — Já mostrámos que a posição juridica do provocador ou instigador não tem sido determinada uniformemente na doutrina e nos codigos (112).

No direito romano vemos o provocador ou aquelle que *impellit atque incitat*, collocado entre os que fornecem *opem, consilium*, e assimilado ao que *consilio instruit*.

Egualmente como agente accessorio, como cúmplices, vem-o considerado por diversos escriptores (CARMIGNANI, CARRARA ELLERO, GARRAUD e outros), doutrina que dominou em certos codigos (francez, allemão, etc.).

Argumenta-se que sendo o delicto uma entidade juridica, resultante da contradicção entre um facto e a lei, não póde existir senão quando a lei fôr materialmente offendida por um facto, e sómente é autor do facto quem o consumma materialmente. Aquelle que concebeu a idéa criminosa e que pol-a em execução, por intermedio de outro, poderá ser tido como o primeiro motor do delicto (*motor criminis*), mas não como seu autor (*autor criminis*).

Desenvolvendo doutrina contraria, PELLEGRINO ROSSI distingue os agentes do delicto em *co-delinquentes* ou *concurrentes principaes* e *concurrentes secundarios* ou *cúmplices*, distribuindo aquelles em tres categorias, a saber: a) os *provocadores directos*, autores da resolução criminosa, que sem concorrerem á execução, têm sido causa de que outros a executem; b) os *executores voluntarios*, por conta de outrem, aquelles que não tendo sido os autores da resolução,

consentiram em executar um crime resolvido por outros; c) os que foram *autores da resolução e da execução*.

E sustentando a equiparação dos autores *moraes* aos autores *materiaes*, diz que o argumento de que o *delicto não teria logar sem a execução material*, teria valor se fosse affirmada a impunidade do executor, mas de tal absurdo não se cogita, e sim de saber qual o mais culpado, questão que não se resolve com a necessidade de um facto material para a consummação do delicto. Se o facto material é sempre necessario, a participação moral de tal ou tal individuo é as mais das vezes uma condição *sine qua non* do delicto committido. Por mais necessaria que seja a execução material, seria absurdo estabelecê-la como uma medida constante e positiva da culpabilidade do seu autor comparativamente a do committente.

E se o delicto compõe-se de dois elementos essenciaes, a saber: a resolução e o facto material, é evidente que quem dá existencia a um ou a outro contribue de modo principal e directo para a sua execução.

Sustentando tambem a equiparação entre o autor moral e o material, diz HELIE: “Imagine um homem que ordena a um menino de armar-se de uma tocha incendiaria ou que offerece ouro a um salteador evadido das galés para commetter um novo homicidio, um pae que impelle o filho ao delicto, um velho que excita as paixões de um joven e o prepara como docil instrumento para o delicto que medita. Nestas varias hypotheses a participação moral domina o delicto; a culpabilidade do instigador é mais grave. Ora basta que estas duas especies de participação não sejam em todos os casos separadas por uma mesma distancia, basta que uma ou outra possa ser alternativamente considerada mais grave, para que esta distincção não seja de tal natureza a justificar uma diversa graduação na escala penal.”

A *communis opinio* dos tratadistas é pela equiparação dos agentes moral e material, considerados ambos como participantes principais, e nesse sentido se enuncia a maioria dos codigos, inclusive os nossos.

129. — Para se verificar a participação moral é necessario que sejam satisfeitos determinados requisitos.

1.º) E' preciso que a provocação seja *directa e especial*, isto é, que de modo formal ou expresso, o provocador incumba outro de executar um *crime determinado*.

A provocação deve estar, pois, em relação de causa e efeito para com o crime committido.

A provocação por dadas, promessas, ameaças, abusos ou influencia de superioridade hierarchica é necessariamente *directa*. Se um individuo, inspirar a outro sentimento de odio ou ciume, contra uma pessoa, embora com o designio de o impedir a commetter um

crime, se uma pessoa excitar, em termos geraes, outra, induzida em erro, a vingar-se de um inimigo, cada um destes factos não pôde ser considerado como uma *provocação directa e especial* para que o provocador possa ser accusado de ser a causa determinante do crime. Uma instigação geral, uma provocação para fazer mal, uma excitação de sentimentos rancorosos ou paixões maleficas, são actos immoraes, mas não têm o character de participação num crime determinado. E' por isso que o codigo belga, enumerando entre os meios de provocação, as *machinações* ou *artificios culposos*, como faz o francez, exige que a provocação seja directa, porque com o emprego desses meios ella pôde não assumir este character.

A provocação é, pois, essencialmente dolosa, como dolosa deve ser a acção do provocado.

Como nota LISZT, o dolo do instigador, é complexo pois deve comprehender: 1.º a representação da acção propria; 2.º a representação da acção de outrem; 3.º a representação de que é provocada por aquella.

Se a acção do instigado e o dolo do instigador não se correspondem em algum ponto essencial, não se dá instigação em relação a esse ponto.

Têm aqui toda applicação as regras geraes sobre o erro e o dolo.

Por isso que a acção do instigado deve ser também dolosa, se não se verificar, agindo como mero instrumento, deixa de haver co-autoria, e responsavel, como autor unico, será o provocador, que assim commette o crime por meio de outro.

Tem-se, então, a chamada *autoria mediata* ou *ficta*, um mandato apparente, e se verifica nos seguintes casos:

1.º) quando o executor não é imputavel, como o louco, o menor, nos casos do art. 27 §§ 1.º e 2.º do codigo penal; 2.º) quando o executor não tem liberdade, isto é, quando é coagido (art. 27 § 5.º); 3.º) quando o executor não procede dolosamente, mas de boa fé, como a enfermeira, que illudida pelo autor, ministra arsenico em vez de quinino, que o medico prescrevera, produzindo-se a morte do doente (LISZT).

130. — 2.º) A segunda condição ou requisito para a participação moral ou intellectual, aliás *communis* ás outras formas de participação, mas no caso assumindo feição propria, é que a provocação tenha exercido influencia efficaz no executor, determinando-lhe a vontade para delinquir.

O codigo deixa explicita esta condição quando diz — *provocar e determinar outro a executar o crime*.

Como observa ORTOLAN, para ser a causa primaria, a causa geradora da resolução do delicto, não basta ter a iniciativa de sua idéa, de ter suggerido esta idéa, de tel-a mesmo aconselhado áquelle

que a pôz em execução: entregue inteiramente ao seu livre arbitrio este, se houve simplesmente suggestão ou conselho, é o unico autor do delicto.

Mas o mesmo não acontecerá se exerce sobre sua vontade alguma acção determinante, alguma pressão, alguma influencia decisiva, que lhe fez adoptar e executar esta resolução, na qual sómente seguirá o impulso de outrem.

Ora, pôde-se influir assim sobre a vontade do homem: pela *cubiça* despertada pelo attractivo de dadivas ou de promessas, pelo *temor* que suscitam violencias ou ameaças, pela *autoridade* ou pelo *poder* que se tem sobre ella e de que se *abusa*, pelo *erro* que se faz nascer em seu espirito por meio de artificios e de manobras fraudulentos, ou emfim por um *conselho* acompanhado de informações e de instrucções sobre a maneira de se conduzir e de agir para a execução do delicto. Então pôde-se dizer daquelle que tomou a iniciativa e que a apoiou por taes influencias, que é a causa geradora da resolução do delicto, e por conseguinte o autor intellectual."

Para exprimir o impulso dado, ou o appello feito a alguém para o fim de fazel-o commetter um delicto, o codigo emprega o termo — *provocar*, a exemplo dos codigos francez, belga e outros, termo menos adequado do que o de *instigar*, que comprehende tambem, como vimos (n.º 127), o resultado respectivo, a determinação de outrem, e que é usado no codigo penal allemão, art. 48, al. 1.º

Assim, para se caracterisar a autoria moral, segundo o nosso codigo, é necessario que haja *provocação* e *determinação* para executar o crime, pelos meios que aponta, isto é, que o autor *moral*, aquelle que resolveu o delicto, *provoque*, estimulo outro e o *determine*, influa decisivamente sobre sua vontade, por meio de dadivas, promessas, etc., para commetter o delicto resolvido.

Nessa condições, a provocação, ou melhor a instigação, vem a ser o laço que prende os elementos moral e material do delicto, existindo no instigador e no instigado ou executor. Não tem razão, pois, MACEDO SOARES quando suppõe que nos termos — *provocar* e *determinar*, do texto, a conjuncção *e exerce* a função da disjunctiva *ou*, por isso que, diz elle, a *provocação* e a *determinação* entram como elementos distinctos e não concomitantes para a integração da figura da autoria intellectual, a provocação quando a acção do agente, que resolveu o delicto, se exerce por meio de dadivas e promessas, e a determinação por meio de mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica.

Como vimos, são elementos concomitantes, porque não basta estimular a execução do crime, mas é necessario tambem determinal-a, influir decisivamente sobre a vontade do agente provocado, e essa determinação se opera quando ha emprego de qualquer dos meios especificados no texto, que apenas se distinguem pela forma.

131. — Devendo o executor ser determinado pelo instigador á pratica do crime, dado o caso de ter agido aquelle tambem por motivos proprios, pessoas, extranhos ao instigador, a *communis opinio* dos escriptores é pela diminuição da pena a ser imposta a este, e nesse sentido se enuncia o codigo penal italiano, art. 63, 2.<sup>a</sup> alinea. Muito embora o instigador seja a causa efficiente do crime, porque sem elle o crime não seria commettido, mas attendendo ao interesse que tambem tinha o executor na pratica do crime, e assim contribuindo não só com a força physica, mas tambem com a moral, e, pois, com mais efficacia na pratica do crime, a sua imputação deve ser maior do que a do instigador, donde a desigualdade da punição de ambos (CARRARA).

Divergem, porém, os escriptores quanto á applicação da pena menor ao instigador, entendendo uns ser necessario que elle ignorasse a existencia de motivos proprios no executor (FLORIAN, ESCOBEDO, NOCITO, MANZINI, LUCCHINI), e outros que a minoração da pena independe desse conhecimento (INDRI, e Cas. ital., de 26 de abril de 1895).

Encarando a questão perante o codigo belga, que não contém disposição expressa a respeito, dis HAUS que a razão dessa omissão está em não ter querido o legislador multiplicar as distincções para evitar a posição de uma questão que não está ao alcance do jury, muito embora reconhecesse a procedencia da minoração da pena. Sem fazer a distincção de sciencia ou não sciencia dos motivos proprios do executor, entende que dada a existencia desses motivos, vindo a instigação apenas fortalecer a resolução do executor, encorajal-o a vencer as difficuldades, a superar os obstaculos que se oppunham á execução, a participação do provocador deve ser considerada accessoria, e assim, reconhecidas attenuantes em seu favor, applica-se-lhe a pena de cumplice.

Perante o nosso codigo, que tambem é omisso a respeito, desde que o agente tenha determinado outro a commetter o crime, muito embora este ultimo tenha motivos proprios ou pessoas para agir, é considerado autor, só tendo minoração de pena se militar a seu favor alguma das attenuantes do art. 42.

Não pôde ser considerado cumplice, por isso que provocou outro a commetter o crime, e o art. 21, § 1.<sup>o</sup>, só considera participante accessorio aquelle que *não tenha resolvido* ou *provocado de qualquer modo o crime*.

Outro caso semelhante ao precedente é o do agente que não determina o autor material a executar o crime, mas somente reforça a resolução que elle já tinha tomado.

E' o caso do chamado *alias* ou *omnimodo facturus*.

Em tal hypothese o participante moral não pôde ser considerado motor do crime ou autor intellectual, por isso que não é sua causa primaria e efficiente.

Em face do código italiano, art. 64, n. 1, CASTORI o considera cúmplice, como também o faz HAUS em face do código belga. Perante o nosso, o indivíduo em tais condições não pôde ser considerado também como autor, nem cúmplice, por isso que a excitação ou reforço da resolução de outro, não deixa de ser uma provocação, e para ser cúmplice é preciso que não tenha resolvido ou *provocado de qualquer modo* o crime.

Fica impune.

132. — 3.º) A terceira condição para a participação moral é que a determinação da execução do crime se faça precisamente por um dos meios especificados pelo código, isto é, por meio de *dadivas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso ou influencia de superioridade hierarchica*.

Já mostramos que a enumeração desses meios é taxativa.

O código deixou assim de seguir o *systema providente* e acatador adoptado pelos códigos italianos (art. 63) e hespanhol (artigo 13), que se referem á determinação, sem delimitação de meios, ou o *systema equivalente*, adoptado pelo código allemão, de numeração exemplificativa dos meios mais communs de instigação, isto é, *donativos, promessas, ameaças, abuso de autoridade ou de poder e erro, propositalmente suscitado*, encerrando a enumeração pela clausula geral "*ou por outro meio*" (art. 48).

Na enumeração feita pelo nosso código não se encontra o *conselho* que os antigos criminalistas distinguiam em simples (*nudum*), revelando-se pela persuasão, exhortações, e em *qualificado* (*vestitum*); que se traduz no conselho *fraudulento* e no *instructivo*, meio de determinação que vemos figurar nos códigos da Baviera, (artigo 46), argentino (art. 21, § 3.º) e portuguez (art. 20, § 4).

Não comprehende também a sociedade (*societas criminis* ou *societas sceleris*, bem diversa da *societas criminum*), isto é, a convenção firmada entre varias pessoas para o fim de executar um crime no interesse commum ou respectivo de todos os socios, meio enumerado pelos tratadistas.

Assim, por mais decisivos que sejam esses ou quaesquer outros meios não contemplados pelo código, impellindo o instigado á pratica do crime, o instigador fica impune completamente.

Os diversos meios especificados pelo nosso código para se operar a autoria moral se reduzem, no fundo, ao *mandato simples*, meio este expressamente indicado, e ao *mandato qualificado*.

De facto, em todos os casos ha de haver a commissão dada a outrem para commetter um crime determinado, e nisto é que consiste exactamente o *mandato criminal*.

Se essa commissão se fizer sem outro qualquer recurso, tem-se o *mandato simples*, a que se refere o código; se fôr acompanhado de *dadivas* ou *promessas*, ha o *mandato* ainda e até com caracter mer-

ceario; se fôr acompanhado de *ameaças* ou *constrangimento*, ou fôr dada imperativamente pelo *superior* ao *inferior hierarchico*, temos ainda, diz CARRARA, o mandato qualificado; num caso por intimidação, noutro por abuso de autoridade.

133. — I) *Mandato simples* ou *gratuita*. E' a commissão dada a alguém para commetter um crime no interesse e por conta exclusiva de quem a confere, ou do mandante.

Presuppõe os seguintes elementos essenciaes:

- a) Proposição do mandante ou committente, que deve ser expressa, determinando o crime a ser commettido;
- b) Aceitação do mandatario, que pôde ser expressa ou tacita, esta resultando da execução consummada ou tentada do crime;
- c) Execução consummada ou tentada pelo mandatario da resolução criminosa do mandante, contida na proposta deste, aceita por aquelle.

Feita a proposta e aceita pelo mandatario forma-se o *pactum sceleris*, mas só com a execução consummada ou tentada é que se dá a participação punivel ou o *concurso plurium ad delictum*.

O mandato pôde ser *simultaneo* ou *successivo*.

E' *simultaneo* quando ha multipla instigação para um mesmo crime, ou quando intervém mais de um mandante conferindo ou commissionando a pratica de um crime a um ou mais mandatarios. E' *successivo* ou ha *co-mandato* quando intervém varios mandantes agindo uns em relação aos outros como mandantes e mandatarios até o executor do crime.

Reconhecendo como admissiveis thorica e praticamente essas duas modalidades do mandato, diz FLORIAN, com relação ao mandante simultaneo, que as difficuldades só advêm quando se procura determinar a contribuição de cada mandante para se verificar se operou como causa efficiente e primeira do delicto. Firmada, porém, a relação de cada um a respeito do executor, a indagação será apenas de facto, não podendo prescindir das contingencias do mesmo.

Relativamente ao mandato successivo, não repugnã admittir a determinação mediata ou indirecta ou por interposta pessoa, mas tal indagação deve ser referida ao texto legal.

Ora, como no codigo italiano não ha especificação de meios da determinação criminosa, exclusões aprioristicas não são admissiveis. Aqui ainda a indagação se reduz a uma questão de facto, mas para que a determinação mediata se verifique, será sempre necessario que os resultados do facto mostrem que o mandante originario foi realmente a causa primaria e efficiente do delicto, pelo que a pesquisa deve ser feita com extrema minuciosidade, de modo a fornecer uma plenitude de prova.

Quanto ao nosso código duvida alguma pôde haver quanto á admissibilidade do mandato simultaneo, pelas razões dadas por FLO-RIAN, inteiramente applicaveis ao caso, e quanto ao mandato successivo, sua admissibilidade foi evidenciada de modo completo pelo accordam do Cons. do Tribunal Civil e Criminal do Districto Federal, de 11 de junho de 1898, de que foi relator o Dr. EDMUNDO MUNIZ BARRETO (vid. n. 146, II e III).

134. — Por isso que o mandato presuppõe como elemento essencial a proposta do mandante, isto é, a commissão por elle feita para a execução de um crime determinado, dest'arte agindo como *motor criminis*, como causa efficiente e primaria, é evidente que não se pôde equiparar essa fórmula de autoria moral á ratificação do crime, por isso que em tal caso a vontade de quem ratifica se manifesta quando o crime já está consummado, nelle não exercendo, pois, influencia alguma. A' invasão indebita de principios de direito civil no campo do direito penal, a proposito do mandato, se deve a discussão sobre a admissibilidade de tal equiparação, recorrendo alguns praticos aos textos do direito romano, que mal interpretados, eram apontados em apoio dessa equiparação. Assim, a maxima de ULPIANO — *in maleficio ratihabitio mandato comparatur*, não ampara semelhante equiparação, por isso que é referente ás reparações civis, isto se evidenciando do facto de outros fragmentos, que dispõem igualmente, se referirem ás acções civis, e de ter ULPIANO dado solução diversa em caso em que a referida maxima poderia encontrar applicação, como se pôde vêr na L. 13, Dig. 32.

Que sómente no dominio do direito civil pôde ter applicação a ratificação, demonstra-o ainda ROSSI elucidando a L. 3, § 10, Dig. 47, 8, que se enuncia: *cum procurator armatus venit et ipse dominus armis dejecisse videtur sive mandavit, sive, ut Julianus ait ratum habuit*.

135. — O código equipara o mandante ao mandatario no tocante á responsabilidade, ambos se considerando autores do delicto. A pena pôde diversificar sómente pela occurrencia de circumstancias de character pessoal a um ou a outro. Entre os praticos se disputava a respeito, opinando uns pela maior responsabilidade do mandante (FARINACCIO, RENAZZI, CIAZZI), por isso que era o *motor criminis*, ao passo que outros pugnavam pela equiparação (CARPZOVIO, SOCINO), considerando que o mandante é causa efficiente do crime, o mandatario tambem o é, executando o crime, muito embora sob a determinação do mandante.

Dado o caso do mandatario substituir-se por outro na execução do crime, isto em nada influe sobre a responsabilidade do mandante.

Argumentar-se que se este soubesse dessa substituição talvez revogasse o mandato, é recorrer a uma eventualidade que não basta

para destruir a commissão feita, como persistente ficaria em caso de ser o crime executado por meios diversos dos indicados pelo mandante.

Recorrer a meios diversos, pergunta CASTORI, ou servir-se da acção de outro não é juridicamente a mesma coisa ?

136. — II) *Mandato qualificado*. Os outros meios especificados no § 2.º, do art. 18 do código, presuppõem, no fundo, um mandato, isto é, a commissão para a pratica do crime; são, por outros termos, fórmulas de um mandato qualificado.

Divergem do mandato simples, em que neste o crime é commettido no interesse só do mandante, ao passo que no qualificado, o mandatario tem tambem interesse no commettimento do crime, despertado pelas dadivas, promessas ou pelo temor de mal futuro.

Quanto ás *dadivas e promessas*, pouco importa a sua natureza e que as promessas tenham sido ou não cumpridas; o que é necessario é que tenham determinado o mandatario ou instigado a commetter o crime, pelo que devem preceder sua execução e suppõem no executar ausencia até então de vontade criminosa.

Quanto ás *ameaças*, preciso é egualmente que tenham influenciado ao ameacado de modo a determiná-lo a commetter o crime, questão de facto a apreciar, tendo em consideração as circumstanças occorrentes, especialmente a posição social, o character, a idade, o sexo do provocador e do provocado.

Não é necessario que o mal ameacado seja certo: basta que o provocado possa acreditar razoavelmente na existencia do perigo, por cujo temor seja determinado a agir.

Se a ameaça foi acompanhada de perigo *actual*, o agente não é criminoso, em face do § 5.º, do art. 27; em tal caso não ha participação punivel, responsavel, como autor mediato, só sendo o provocador.

E' indifferente a natureza e gravidade do mal ameacado: seja um attentado á pessoa do agente, uma offensa á honra, á fortuna; é tambem indifferente que a ameaça seja dirigida contra o provocado mesmo ou contra as pessoas que lhe sejam caras: basta que tenha por fim e por resultado a execução do crime, para que o provocado seja penalmente responsavel.

137. — O *constrangimento* é outro meio por que se effectúa a autoria moral ou intellectual.

Desde que o legislador dá como meio de provocação a *ameaça*, a palavra — *constrangimento* — sómente pôde ser tomada no sentido de *constrangimento physico* ou *violencia physica*.

Isto está de accôrdo com o art. 27 § 5.º e art. 42 § 7.º.

Por *violencia physica* se entende o emprego da força physica para obrigar um individuo a adoptar e executar a resolução criminosa de quem violenta.

Assim, a violencia é meio material empregado, ou *imediatamente* contra o corpo da pessoa que se quer violentar (violencia á pessoa), ou *mediatamente*, contra terceiro ou contra a coisa (violencia contra a pessoa), para o fim de influenciar o exercicio da sua vontade, fazendo-a executar o crime.

Tal o caso em que o agente obriga violentamente outra pessoa a fazer uma assignatura, a dar uma punhalada, a lançar veneno numa bebida.

Se o constrangimento physico foi de tal intensidade que não pode ser vencido pelo violentado, levando-o, por isso, a commetter o crime, determinado pelo provocador, o executor não é criminoso em face do art. 27, § 5°.

Só é responsavel o provocador como autor mediato, deixando, pois, de haver participação ou concurso punivel.

Se o constrangimento era *vencivel*, e apezar disso o crime foi commettido, o executor é, então, responsavel como autor material. Neste caso ha concurso punivel.

138. — O codigo menciona ainda como meio de participação moral o *abuso ou influencia de superioridade hierarchica*.

O codigo francez, art. 60, seguido pelo belga, allemão, portuguez, encerra uma clausula muito mais ampla, pois, trata da provocação por *abuso de autoridade* ou de *poder*, entendendo-se por *autoridade*, em materia de concurso, diz GARRAUD, o poder, quer de direito, quer de facto, que pessoas privadas exercem sobre outras pessoas, como o pae sobre o filho, o patrão sobre o creado, o magnetizador sobre o magnetizado, e por *poder* a autoridade que os funcionarios civis ou militares e os ministros do culto exercem sobre seus subordinados.

Trata-se, pois, de provocação por meio de ordem, emanada de uma pessoa naquellas condições, ou de um funcionario civil ou militar ou ministro de culto ao subordinado para commetter crime.

O nosso codigo injustificavelmente restringe a ordem sómente aos funcionarios civis ou militares, por isso que se refere a *abuso*, isto é, *mau uso*, e á *influencia de superioridade hierarchica*.

Como bem nota ESCOREL, trata-se aqui da *ordem*, havendo no provocador a qualidade de *superior*, e no provocado a de *inferior* ou *subordinado*.

Assim, se um individuo valendo-se da autoridade legal que exerça sobre outro, por exemplo, a de tutor, determina-o a commetter um crime, ou valendo-se da autoridade de facto, isto é, do poder que, pelas circumstancias ou pela posição pessoal, exerça sobre outro, como a de patrão ou preceptor, faça-o violar o preceito penal,

por mais temível que se torne, é beneficiado pelo código com a impunidade, por isso que não pôde ser considerado autor, nem cúmplice, neste último caso, porque provocou o crime (art. 21, § 1.º).

Não é necessário accentuar que uma lei penal que deixa assim ao desamparo a segurança social, não preenche sua finalidade.

E' de notar que se o executor do crime, nos casos contemplados pelo código, proceder na fórmula do art. 28, ficará isento de responsabilidade penal, punível só sendo, como autor mediato, o mandante, deixando em consequencia de haver concurso de agentes.

### 139. — Autores materiaes.

O nosso código comprehende como *autores physicos* ou *materiaes* o que *executa o crime, resolvido por outrem* (art. 18, § 4.º), e o que, *antes e durante a execução, presta auxilio, sem o qual o crime não seria commettido* (§ 3.º).

Não menciona também como autor material, como faziam os códigos italiano (art. 63), o belga (art. 66), o hespanhol (art. 13), o *cooperador immediato*, entrando, porém, esta modalidade na categoria dos autores auxiliares necessários, como vamos ver adiante.

Assim, para o nosso código, autor *physico* ou *material* é primeiramente aquelle que executa o crime, ou aquelle que realisa as circumstancias especificadas na qualificação legal do crime. Para se determinar esta categoria de agentes, é, pois, necessário consultar a definição legal do crime, e ver se as circumstancias ahí contempladas foram realisadas pelo agente, caso em que passa a occupar a posição de autor material.

Assim, é autor material do homicidio aquelle que commette a lesão mortal; do furto aquelle que subtrahе a coisa movel alheia contra a vontade do dono; do estupro aquelle que abusa, com violencia, de mulher, virgem ou não, etc.

Pouco importa que o resultado tenha sido produzido pela actividade physica do autor mesmo, ou mediante emprego de forças naturaes, de um instrumento ou de um animal.

Assim, aquelle que deixa o seu cão tirar um pedaço de carne do armazem do carneiro ou que açula o cão contra alguém, é tão culpado, como autor do furto ou da offensa physica, quanto aquelle que serve-se de uma varinha para tirar a salsicha da vidraça do guarda-comida, ou offende o olho de outrem com um socco ou disparando desastradamente uma arma carregada a chumbo (LISZT).

Se varios individuos sómente pelo seu concurso intencional, isto é, cada um consciente de que concorre por meio da sua acção com a dos demais para um fim commum, realisam as circumstancias constitutivas do crime, cada um delles deve ser punido como *co-autor*.

WOLTERS nota que de duas maneiras pôde ter lugar o concurso de autores physicos no mesmo crime, a saber: *ut actio unius cuius-*

*que eorum per se jam efficiat ut totum et dixit delictum, vel ita, ut actio uniuscujusque individui pro parte junctim sumpta totum delictum demum constituat.*

Verifica-se o primeiro caso quando os agentes produzem lesões todas igualmente mortaes, e o segundo, quando as lesões isoladamente consideradas não são mortaes, só adquirindo esse caracter conjuntamente.

Nos crimes compostos é co-autor quem pratica algum dos actos constitutivos do crime.

Assim, dois individuos são co-autores, se um delles subjuga uma mulher e o outro della abusa, porquanto a violencia é circumstancia constitutiva do estupro.

140. — Outra modalidade da autoria material é a do autor *auxiliar necessario* (§ 3.º, do art. 18).

Já os praticos italianos distinguiam entre *auxiliator delicto causam dans* e *auxiliator simplex*, para equiparar o primeiro ao autor. Segundo os diversos codigos, que têm admittido esta modalidade da autoria material, o auxiliar necessario é o mesmo cumplice cujo auxilio se tornou indispensavel para o commettimento do crime.

Assim, o auxilio, que em regra constitue participação accessoria, dada sua necessidade para a realização do crime, é considerado excepcionalmente como participação principal.

O codigo penal italiano, art. 64, ultima alinea, considera o agente que o presta como cumplice, embora o crime dependa de seu concurso, divergindo, porém, a jurisprudencia no considerar a cumplicidade em tal caso, arestos a considerando apenas como um gráo e um modo da cumplicidade simples, e outros como uma aggravante da mesma, orientação esta ultima, ao ver de FLORIAN e outros tratadistas, mais consentanea com o texto legal.

O nosso codigo faz do agente auxiliar, ora autor, ora cumplice.

E' autor, nos termos do § 3.º, do art. 18, quando intervem de um modo principal, antes ou durante a execução do crime, sem, entretanto, ser executor, prestando auxilio indispensavel, ou sem o qual o crime não seria commettido.

Esta assistencia material póde se manifestar sob as fórmias mais variadas, subordinadas todas, para constituirem a autoria, a condição de serem indispensaveis para o commettimento do crime.

E' cumplice o agente auxiliar, nos termos do art. 21, § 1.º, quando não tendo resolvido, nem provocado de qualquer modo o crime, presta á sua execução auxilio secundario ou que podia ser dispensado.

“O concurso directo para a pratica do crime, diz o autor do codigo, é o concurso sem o qual o crime não se realiza; a participação accessoria tem o caracter de um acto preparatorio; o cum-

plice age accessoriamente e a sua actividade é subordinada á do autor; é cúmplice o que, participando do crime, não o segue materialmente e nem immediatamente concorre para a sua execução.”

Na fórmula ampla do concurso principal do § 3.º, que pôde comprehender, como dissemos, multiplices modalidades, se include a do cooperador immediato, que o código não contemplou como fórmula distincta, como fazem outros códigos.

Diz-se cooperador immediato o que participa concomitantemente dos actos de execução effectuados pelo agente executor. Tal a posição do que participa embora sómente por meio da palavra ou da simples presença, por isso que, diz CARRARA, a palavra instigadora, que produz o concurso moral quando anterior á consummação do delicto, toma o caracter de concurso material quando é concomitante ao momento da consummação, com esta se confundindo em razão da unidade de tempo, e a presença, ainda que inactiva, toma o caracter de co-responsabilidade, quando é *efficiente* e tem por fim facilitar a execução.”

141. — Caracterisando-se o agente auxiliar principal por ser indispensavel o seu auxilio para a realisação do crime, resta saber quando essa participação assume esse caracter de necessidade. Os escriptores francezes e belgas adoptam um criterio relativo, concreto.

Para que se repute indispensavel o auxilio, é preciso ter em vista o crime tal qual se verificou, por que é assim que se pôde apreciar o gráo de contribuição que trouxe o agente, e se assumiu tal intensidade, a depender delle o commettimento do crime.

A questão deve ser encarada, não em sentido absoluto, mas relativo.

E’ bastante, diz HAUS, que sem a assistencia do agente, o delicto não seria commettido com as circumstancias que o cercaram, pela maneira por que foi executado, no dia em que teve logar, etc.

Uma impossibilidade relativa basta, pois, para que aquelle que a afastou, no designio de facilitar a perpetração do crime, possa ser considerado como co-autor.

Trata-se, pois, diz NYPELS, de uma questão de facto que não pôde ser resolvida *a priori*; ao jury, ao tribunal cabe resolver conforme a especie.

A lei, diz ainda HAUS, não pôde entrar em todas as minudencias desta materia; não têm os meios de distinguir, de precisar todas as graduações da participação criminosa; deve entregar sua apreciação á consciencia esclarecida dos tribunaes.

E’ o reconhecimento de que a distincção entre autor e cúmplice, no caso, não assenta em base certa, em criterio superior, ficando entregue a mero arbitrio do julgador.

Nem podia ser de outra fórmula, toda assistencia, todo acto de participação considerado em concreto é essencial, pois em concreto

o facto não era possível, tal como foi praticado, desde que se supponha supprimida uma de suas condições.

Os escriptores italianos recorrem, por isso, ao criterio abstracto. “Só considerando *in abstracto*, diz CASTORI, os factores de um delicto dado, pôde-se dizer quaes eram indispensaveis á sua realisação e quaes, ao contrario, poderiam ter sido omitidos ou substituidos por outros.

Considerando-se, ao envez, o crime *in concreto*, todos os elementos que o compõem estando ligados entre si por um nexó estreitissimo de causa e effeito, não é possível desprender um só dos anneis da cadeia que liga os co-delinquentes.”

Reconhecendo, porém, que mesmo no aspecto abstracto não se encontra criterio seguro, acrescenta: “Ainda entendida neste sentido a distincção, não é facil comprehendel-a e a difficuldade torna-se maior com o facto de que são chamados a resolvel-a, não homens versados na disciplina do direito, e sim jurados, aos quaes a nossa legislação confia a decisão das mais graves accusações.”

Assim, mesmo considerado o crime *in abstracto* para verificar se poderia ser praticado de outro modo sem o acto de participação em questão, forçoso será recorrer a conjecturas, a presumpções mais ou menos temerarias, ficando dependente desse processo arbitrario a sorte do participante.

Por isso, quasi todos os escriptores, não podendo estabelecer *a priori*, a distincção entre: acto indispensavel á pratica do crime, e acto sem o qual o crime poderia ser commettido, limitam-se a dar exemplos. Exemplificando, consideram como co-autores, por auxilio necessario, *antes da execução*: o creado que abre a porta da casa aos ladrões, na qual querem praticar o roubo; aquelle que attrahe a victima á casa, onde deve ser assassinada; aquelle que a detém até á chegada dos assassinos.

*Durante a execução*: aquelle que presta a sua casa para um assassinato; aquelle que vigia emquanto se commette o crime; aquelle que guarda o vehiculo emquanto outro commette o rapto de uma pessoa, etc.

Entretanto, esses mesmos factos poderiam, conforme as circumstancias, não constituir senão actos de cumplicidade.

Nessas condições, louvores não merece o codigo em contemplar como caso de autoria uma modalidde que não pôde ser determinada consoante um criterio certo, e só assignalada mediante arbitrio.

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

§ 1.º Por qualquer outro crime que o executor commetter para executar o de que se encarregou;

§ 2.º Por qualquer outro crime que daquelle resultar.

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

142. — Para que o mandato simples ou qualificado se torne meio de participação punível, é necessario, como já ficou dito, que haja não só conformidade entre a vontade do provocador e a do provocado, como também que a acção deste se conforme com a vontade daquelle.

Essa conformidade pôde deixar de existir em um momento dado, ou porque se verifique mudança de vontade em qualquer delles, ou porque a acção não se conforme com a resolução criminosa do instigador.

Estas alterações, affectando um ou outro daquelles aspectos, constituem as chamadas *anomalias de imputação* ou *anomalias do mandato*, de efeitos importantes na penalidade.

Dellas se occupa o codigo nos arts. 19 e 20.

A anomalia ou não conformidade entre a acção do mandatario e a vontade do mandante pôde resultar da deficiencia ou do excesso dos meios ou do fim ou resultado.

No primeiro caso, isto é, na deficiencia dos meios e do fim, o mandante e o mandatario são responsaveis sómente pelo crime commettido.

Supponha-se que entre um e outro ficou resolvido um homicídio, e, entretanto, o mandatario sómente produziu lesões corporaes.

Por este crime sómente devem responder um e outro.

Se se devesse reprimir o mandante pela integridade de sua resolução criminosa, diz LIMA DRUMMOND, apezar de prejudicada em parte pela deficiencia de meios e de fim decorrente dos actos do mandatario, reprimir-se-ia, em verdade, a *nuda cogitatio*, destruindo-se o nexa que deve existir entre a intenção do mandante e a acção do mandatario.

A deficiencia de meio e de fim aproveita também ao mandatario porque uma parte da resolução criminosa do mandante deixou de ser executada.

143. — A questão se complica, dando logar a divergencias entre os criminalistas, quando ha excesso de meios e de fim.

Verifica-se o excesso de meios empregados pelo mandatario quando este tiver usado de meios diversos dos que lhe foram indicados pelo mandante, ou na falta de indicação, quando o mandatario tiver empregado meios por sua natureza excedentes do fim proposto.

Se não obstante o emprego desses meios não resultou excesso de fim, e sim o crime visado, nenhuma duvida haverá, por isso

que o acto do mandatario ajustou-se á incumbencia que recebeu do mandante.

Se, porém, o emprego de meios excessivos pelo mandatario occasionar um crime mais grave do que o resolvido pelo mandante, identifica-se a questão de excesso de meios com a do excesso de fim, o qual se manifesta quando o mandatario, tendo empregado os meios indicados pelo mandante ou na falta desta indicação, tendo usado de meios não excedentes do fim proposto, commette um crime mais grave do que o de que fôra encarregado.

Para solução da questão, uns criminalistas têm em vista apenas a relação de causalidade, firmados no principio — *causa causantis est causa causati* (theoria antiga defendida por RENAZZI, LAGREVEREND, etc.); outros, recorrendo aos principios fundamentaes da imputabilidade criminal, têm em vista a relação subjectiva, a previsibilidade por parte do mandante em relação ás consequencias da acção do mandatario, reputando-o responsavel quando houver possibilidade de prevel-as, ou segundo outros, não bastando a possibilidade de previsão, mistér sendo que elle realmente tenha previsto ou tenha estado em situação de prever necessariamente. A *communis opinio* dos escriptores modernos é pela possibilidade de previsão.

O excesso de fim constituirá, pelo menos, um caso de crime preterintencional quanto ao mandante, porque, em certas e determinadas circumstancias, poderá mesmo deparar-se nas consequencias constitutivas do *excessus mandati*, em relação á responsabilidade do mandante, um caso de crime doloso, por dolo indirecto ou eventual.

Não se deve, porém, confundir os casos de *excessus mandati*, por excesso de fim, com os casos em que o mandatario pratica crime que não era, pelo menos, a consequencia previsivel daquelle cuja perpetração lhe fôra incumbida pelo mandante. Em tal caso, o mandatario age por sua propria conta, e assim desfeito o nexo causal que existia entre a sua actividade criminosa e a resolução do mandante, se converte em autor psychico e physico do crime.

144. — O nosso codigo, distanciando-se da moderna intuição, tratando de uma das modalidades do excesso de meios (art. 19, § 1.º), e do excesso de fim (§ 2.º), seguiu a theoria antiga, só considerando a relação de causalidade, assim dispensando a previsibilidade por parte do mandante, com relação a esses excessos.

O mandante responde, pois, por todas as consequencias, ainda as mais remotas e imprevistas.

O fundamento desta theoria está em que se o mandante se tivesse abtido de incumbir o mandatario da execução de sua resolução criminosa, o delicto não seria commettido e, consequentemente, não se teria verificado o excesso, ao qual deu causa, o mandante com um acto illicito.

E' uma presumpção de culpa irrefragavel, cuja necessidade só

póde ser sentida por quem quer determinar a extensão da responsabilidade do instigador, applicando-lhe por analogia as regras do mandato de direito civil.

E' partindo desta falsa idéa que os praticos italianos se lançaram em tantas discussões, propondo e solucionando diversamente varias questões, como a da equiparação da approvação do crime á ratificação do mandato, etc. De outro lado não se compadecem mais com a cultura moderna, as presumpções de culpa: o facto só incide na sanção penal, quando comprehendido no dolo do agente.

O ser indispensavel o crime que o mandatario perpetrou para executar o de que se encarregou não attenúa o vicio da theoria. Se apreciarmos a necessidade do crime segundo o juizo do mandatario, a sorte do mandante fica dependendo da perversidade deste.

Se apreciarmos objectivamente, será sempre injusto punir o mandante pelo que estava fóra de sua previsão e póde até ser contrario áas suas instrucções.

Pela theoria acceita pelo nosso codigo, se o mandante determinar um furto, e o mandatario, para realisal-o, ferir ou matar, por esse excesso de meio, que converte o crime ordenado em roubo, responde o mandante.

Egualmente, se determinando fosse alguém apenas espancado das offensas feitas resultar a morte do offendido, o mandante não responderá pelo crime de lesões corporaes, que resolvera, mas pelo de homicidio.

145. — A outra anomalia do mandato é referente á não conformidade da vontade entre mandante e mandatario.

Dessa não conformidade trata o codigo no art. 20, referindo-se á desistencia por parte do mandante.

Por esta disposição, se verifica primeiramente que a revogação do mandato, para acarretar a irresponsabilidade do mandante, ha de ser *expressa*, isto é, revelada de modo formal ao mandatario.

Como bem pondera HAUS, não póde surtir effeito uma revogação tacita, resultante, por exemplo, de uma inimidade mortal sobrevinda entre o mandante e o mandatario, ou de ter o primeiro se reconciliado com a pessoa que deveria ser victima do crime, porquanto não são circunstancias de natureza a demonstrar uma mudança da vontade da parte do provocador. O mandante não teria interesse de fingir uma inimidade com o mandatario ou uma reconciliação com a pessoa, victima do attentado, para afastar toda a suspeita de participação no crime?

De outro lado, porque o mandante, que podia revogar expressamente o mandato, não o fez?

E' preciso que a revogação se faça em *tempo opportuno*, de modo que o mandatario a conheça antes de iniciar a execução do

crime. Em vão poderia allegar o mandante que obstaculos insuperaveis se oppuzeram á uma revogação expressa, ou que tinha revogado o mandato antes mesmo de qualquer começo de execução, mas que, por circumstancias independentes de sua vontade, o mandatario não pode ser informado.

O mandanto foi dado e executado; a causa produziu seu effeito; a responsabilidade deve recahir sobre o provocador.”

E' preciso finalmente que a revogação se faça de *modo efficaz*, isto é, que o mandante consiga destruir por acto seu todos os effeitos da instigação primitiva.

Torna-se imprescindivel, pondera mui judiciosamente LIMA DRUMMOND, que, o mandante não tenha deixado no espirito do mandatario o germen da resolução criminosa, simulando desinteressar-se da execução do plano criminoso que concebera e propuzera ao mandatario afim de que, no caso da persistencia do mandato por conta deste exclusivamente corresse a execução do crime.”

Esta condição da retirada efficaz está implicitamente contida no dispositivo do art. 20, porquanto a não ser assim continuará a cooperação do mandante a persistir e surtir effeitos, e o codigo exige a *retirada dessa cooperação*.

A responsabilidade do instigador, pois, 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 crime, isto é, que o executor obrou por motivos alheios á instigação.

Tal a doutrina corrente; unica acceitavel, concretisada precisamente no codigo toscano, art. 52.

O codigo não dispõe sobre a desistencia por parte do mandatario.

E' ponto que accentúa a divergencia das escolas classica e positiva, levando-as a conclusões oppostas.

A primeira prega a impunidade do mandante desde que o mandatario não iniciou a execução do plano criminoso, ou a suspendeu voluntariamente ainda que contra a vontade daquelle.

A punição só terá logar quando os actos praticados pelo mandatario constituam crimes por si mesmos.

E' a solução cabivel perante o nosso codigo, inspirado como foi nos principios dessa escola.

Em o n.º 98, consideramos o caso, encarando a posição do mandante e do mandatario em caso de desistencia de tentativa.

Vivamente censurado era o codigo sardo por considerar o mandante responsavel por tentativa, muito embora o mandatario não tivesse iniciado a execução do crime que lhe fôra incumbido, estribando-se a critica na falta do elemento de facto.

Nenhum raciocínio, dizia ROSSI, pôde fazer que exista aquillo que não está mesmo começado; e seria tão iniquo como ridiculo declarar um homem culpado de um crime que não existiu.

Collando-se no ponto de vista da escola positiva, entende GAROFALO que á questão do mandato sem seguimento se devem applicar os principios da tentativa com meios inidoneos.

O meio inidoneo é o mandatario, que deveria ter sido agente e que não actuou; o principio de execução está em ter-se dado o mandato aceito. A norma de punibilidade será, pois, a consideração da seriedade do mandante e da escolha que elle fez do sicario.

Se as circumstancias eram de molde a fazer crer que este não teria desistido da empreza, o mandante é já culpado de crime frustrado, porque subjectivamente o executou.

Que a tentativa tenha sido vã, é facto independente de sua vontade e circumstancia fortuita de que elle se não deve beneficiar... Ainda aqui, o principio da temibilidade é o que offerece solução plausivel.

O encargo de um assassinio commettido a um facionora, quando a operação seja rapida e pouco arriscada e quando o preço promettido seja o reclamado pelo mandatario, basta para demonstrar a temibilidade do mandante.

Pelo contrario, se um encargo desse ordem é commettido a um individuo timido e inexperiente ou a pessoa que, deshonesto, se não tenha ainda maculdado em sangue, ou ainda se a execução é difficil e o preço não parece capaz de incitar ao crime ou se é possivel duvidar da promessa, o mandante não é delinquente serio, não é temivel.

No primeiro caso ha uma tentativa punivel e no segundo um acto que não revela nenhum perigo, não devendo, portanto, provocar a reacção social.

#### 146. — Jurisprudencia brasileira.

I. Em falta de elementos de prova, que autorisem a concluir que o auxilio prestado pelo co-delinquente ao autor do delicto, incide no § 3.º do art. 18 do Cod. Penal, a pena a impôr-se é a da cumplicidade art. 21, § 1.º do mesmo Cod.) (*Accord. do Supr. Trib. Federal*, de 29 de maio de 1915).

II. Desde que o homicidio resultou da acção conjuncta de dois ou mais individuos, não é mister indagar, para o effeito da responsabilidade penal, se a morte resultou directamente da acção de um ou de outro, pois que, em face da lei e da doutrina, o homicidio terá resultado da acção conjuncta dos aggressores que directamente resolveram e executaram o crime (*Accord. do Supr. Trib. Federal*, de 15 de julho de 1925).

No mesmo sentido *accordam* da 2.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appel-  
lação, de 12 de junho de 1931.

III. O nosso systema legal de co-delinquencia não adopta a *societas criminis* como uma forma especial de co-autoria, um dos cinco meios pelos quaes se manifesta, segundo a theoria de CARRARA, o *concurso da vontade sem o concurso da acção*, ou independente desta. Pelo Codigo Penal existem *dois generos* de delinquentes: os *autores*, que são os agentes *principaes* do delicto, e os *cumplices*, que são os agentes *accessorios*.

Autor *psychico* ou *intellectual*, que é a causa moral primaria do delicto, aquelle que ideando ou adoptando o designio criminoso de outrem resolveu a sua realisação e determinou (directa ou indirectamente) a executal-o, por um dos seguintes *meios taxativos* — *mandato simples*, emprego de *dadivas*, de *promessas*, de *ameaça vencivel*, de *constrangimento vencivel* (art. 18, § 2 comb. com os artigos 27 § 5 e 42 § 7 do Cod. Penal), *abuso* ou *influencia de superioridade hierarchica* fóra do caso do art. 28 do Codigo (cit. art. 18, § 2); autor *physico*, que é a causa material primaria do delicto, aquelle que *directamente* executou o crime por outrem resolvido (art. 18 § 4); autor ao mesmo tempo *psychico* e *physico*, aquelle que *directamente* resolveu e *executou* o crime (art. 18 § 1); *auxiliar necessario*, força condicional indispensavel da realisação do delicto, aquelle que *prestou auxilio sem o qual o crime não seria commettido* (art. 18 § 3.<sup>o</sup>). Taes são as *quatro especies* de autores.

Na formação do delicto, a *phase intellectual* encontra o seu momento consummativo na determinação — quando se effectua a influencia efficaz no animo do autor physico, que se resolve a executar o designio criminoso do autor psychico, isto é, desde o momento em que é creada *ex-integro* e *ab-initio* a resolução delictuosa no executor.

Todos os *concurrentes moraes posteriores* escapam ao conceito legal da *co-autoria intellectual*, que caracteriza-se pela existencia de *dois* ou *mais autores psychicos* ligados pela *unidade* de pensamento e de vontade. Chegado esse *momento*, em qualquer dos sete casos enunciados no art. 18 § 2 do Codigo, todos os individuos que se incorporarem aos que já então trabalham no sentido do crime só podem ser *executor principal*, *auxiliar necessario*, ou *cumplice intellectual* — *ope vel consilio*, e conforme o acto que houverem praticado, assim será sua responsabilidade maior ou menor, segundo incidir nos dispositivos de autoria ou nos de cumplicidade.

Póde tambem succeder que a acção material ou moral delles não seja capitulavel no Codigo, e neste caso nenhuma responsabilidade lhes caberá.

Na *societas criminis*, porém, que se define — “uma convenção realisada entre diversas pessoas para o fim de consumir um delicto, no interesse commum ou respectivo de todos os associados (CARRARA, *Prog., part. geral*, § 450), os quaes são considerados a causa moral efficiente do delicto, estes têm equal responsabilidade e devem soffrer a mesma pena, salvo o caso de aggravantes ou attenuantes pessoas, por mais insignificantes que tenha sido o seu concurso para a realisação da infracção penal. Não é a *função* que o criminoso exercitou que o torna respectivamente culpado, mas a *sua qualidade de socio da convenção criminosa*.

E' o que succede no crime de conspiração, definido no art. 115 do Cod. Penal : o *concerto* de vinte ou mais pessoas para a pratica de um dos factos especificados nos §§ 1 a 5.

O objectivo de todos os associados é sempre um *delicto determinado*, contrariamente ao que succede na *societas criminis*, em que o objectivo são *delictos indeterminados*.

Todos os que adherirem ao delicto, augmentando o numero dos convencionaes, antes que a execução se realise, são tão co-autores como os primitivos socios.

E' condição essencial a esta *forma de co-autoria* que o *executor seja um dos socios*, o qual toma o duplo character de *intellectual e physico*. . . Se nos casos dos §§ 1 a 4 do art. 18 do nosso Codigo podem haver *socios* de um determinado delicto, ou porque *dois* ou mais individuos o tenham conjuncta e directamente *resolvido e executado*, ou porque o tenham *tão sómente executado*, isto não significa o reconhecimento da *societas* como uma *forma especial* de co-autoria.

Peio contrario : naquelles casos cada agente criminoso é punido *equalmente*, porque no primeiro, é um *autor intellectual e physico* do delicto, e, no segundo, um *autor physico*.

Esta *qualidade* é que o sujeita á punição como causa primaria do acto-juridico, e não a de *socio*, que apenas agrava a sua punição, pela circumstancia do *ajuste*.

E' portanto um erro affirmar que o nosso Codigo pune a *societas criminis* como um meio especial de delinquencia principal (*Accord. do Cons. do Trib. Civil e Crim. do Districto Federal*, de 11 de junho de 1898).

IV. O *mandante immediato* ou *directo* é quem communicando-se *por si mesmo*, com o mandatario determina neste a resolução criminosa, *provocando-o* assim á pratica do crime.

-Se, porém, esse mandante age não só em seu nome como *no de outros companheiros*, ha *co-autoria intellectual* com a forma de *co-mandato*, de dupla feição — *directo*, com relação a um, e *indirecto successivo* com relação aos outros, sendo aquelle o representante da

*vontade colectiva, força conjuncta que impulsionou o designio criminoso até ao agente material.*

Na definição da autoria intellectual não empregou o Codigo (art. 18 § 2) o adverbio — *directamente*, usado, entretanto, com toda propriedade nos §§ 1.º e 4.º do mesmo artigo, como significando a relação *immediata* entre o *agente* e o *crime*, isto é, *sem interposição de terceiro*.

O Codigo hespanhol, consignando o adverbio, diz — “os que forçam ou induzem *directamente* a outrem a executar o crime”, e o belga — “os que por dadivas, promessas... tiverem *directamente* provocado o crime ou o delicto.”

Mas, ahi mesmo, o sentido do termo não é o de *relação immediata* entre o *agente* e o *facto punivel*; é um termo sem propriedade, e que, eliminado, em nada alteraria a *expressão* do texto. “Le mot *directement*... ne se trouvait pas davantage dans le projet primitif de notre Code. C'est la Chambre des représentants qui l'a ajouté au texte, sur la proposition de sa commission. Le mot est *surabondant*, car il est impossible de ne pas considérer comme fait *directement en vue d'une crime une provocation a ce crime*, qui se manifeste para de *dons, promesses*, etc. Quand on salarie un assassin, ce n'est certes pas pour qu'il familiale sa conscience avec l'idée de l'assassinat, mais pour qu'il l'exécute (NYPELS, *Cod. Pen. Belge interp.*, tom. I, p. 196).

O nosso legislador penal não só evitou um defeito da forma, como impediu que na prática se desse á palavra *directamente* o sentido que tem nos §§ 1.º e 4.º do art. 18 e dahi se concluísse a inadmissibilidade do *co-mandato successivo*, que é indubitavelmente o que rege a relação causal indirecta entre aquelles que tendo *resolvido* o assassinato *determinaram* a vontade do autor material *por inter-medio* de um só dos autores intellectuaes (*Accord. supra* citado).

V. No caso de *co-mandato*, para que o *acto revogatorio* do mandante *mediato* tenha valor juridico, é preciso que seja *positivo* e *expresso*, de modo a demonstrar *inequivocamente* o proposito de romper a solidariedade criminosa.

E assim como no caso de simples mandato a propria inimidade mortal entre o mandante e o mandatario não é razão sufficiente para provar mudança de vontade naquelle (HAUS, *Droit, Pen. Belge*, v. I, n. 484), assim tambem, no *co-mandato* a cessação da *amizade pessoal* entre o *mandante immediato* e o *mediato* não é motivo para convencer do abandono do projecto criminoso.

A *ausencia* da cidade em que se deu o delicto, sendo um acto meramente *negativo*, tambem não demonstra uma revogação *expressa*. Por isso decidiu a Côrte de Cassação de Turim que o mandato criminal não perde a sua feição juridica pelo facto de ter sido *executado na ausencia do mandante* (C. CASTORI, *Conc. di pers.:*

n. 112, COGLIOLO, *Direito Penal*, vol. I, parte III). Accordam retro citado.

VI. Pelos ferimentos e homicídios praticados num conflicto inesperado, no calor e instantaneidade de uma rixa, tratando-se de actos criminosos furtivamente juxtapostos, não previamente combinados, constituindo os chamados delictos de multidão, sómente são responsaveis como autores, os que tiverem vibrado o golpe de onde resultou o ferimento ou o homicidio, e não os que faziam parte da mesma rixa. Semelhante caso, porém, nada tem de commum com a associação criminosa, sorte de participação concertada para determinado fim.

O ataque, anteriormente combinado, feito de emboscada, á mão armada, de muitos aggressores contra pessoas inermes que não resistem, nada tem de semelhante á rixa; é verdadeira aggressão. Em tal caso, pouco importa que não se tenha podido precisar quem deu o golpe que produziu a morte ou o ferimento: todos são co-autores, pois nos actos de execução prestaram-se reciproca assistencia induzidos pela mesma intenção criminosa. Os que, porém, estiveram nas immediações do logar do delicto sem fazerem parte do grupo aggressor, mas promptos para secundar-lhes a acção e favorecerem a fuga, dando-lhes assim força moral, tendo, apenas, transmittido ordens emanadas dos agentes intellectuaes do delicto, esses são considerados cúmplices (*Accord. da 2.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação*, de 19 de julho de 1910, confirmando sentença do juiz da 3.<sup>a</sup> Vara Criminal).

VII. O § 3.<sup>o</sup> do art. 18 do Codigo Penal incluye entre os autores principaes de um crime aquelles que prestarem auxilio essencial á sua consummação: Ora, o facto de segurár para facilitar a aggressão, tendo por si relação directa com o homicidio perpetrado, não é, na opinião de GARRAUD (*Trat. de Dir. Pen.*, vol. I, n. 424). e nos termos do nosso Codigo, acto de auxilio e sim de co-execução material da infracção (*Accord. da 3.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação*, de 8 de maio de 1915).

Vid. o que disemos em os ns. 140 e 141.

VIII. E' da essencia da participação criminal que os agentes se tenham accordado para a pratica do crime. No crime sem dolo reflectido não se dá a propagação de vontades caracteristica da cumplicidade, e responde cada agente pelas consequencias da sua actividade individual (HAUS, *Droit. Pen. Belge*, v. I, ns. 445 a 457). Já era esse o conceito dos romanos.

"Si in rixa percussus homo perierit, ictus uniuscujusque in hoc collectorum contemplari oportet (PAULO, I, 17, D. ad. L. Corn. de sicar. (48, 8). *Accord. da 3.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação*, em 27 de julho de 1912.

IX. O § 3.º do art. 18 do Cod. Penal inclui entre os autores principaes de um crime aquelles que prestarem auxilio essencial á sua consummação. Ora, o facto de alguém segurar para faciiltar a aggressão, tendo por si relação directa com o homicidio perpetrado, não é, na opinião de GARRAUD (*Trad. de Dir. Pen.* vol. I, n. 259, pagina 424), e nos termos do nosso Codigo, acto de auxilio e sim de co-execução material da infracção (*Accord. da 3.ª Camara da Côte de Appellação*, de 8 de maio de 1915).

X. Mandato é uma proposição criminosa feita e acceita para a execução de um crime no interesse unico e por conta do mandante exclusivamente (CARRARA, PUGLIA, HAUS).

O *conselho*, que na vigencia do Cod. Criminal de 1830 era considerado pelos nossos tribunaes como cumplicidade (*Gazeta Juridica*, vol. 32, p. 522), não constitue forma de participação criminosa perante o Codigo actual, pois que estas estão taxativamente enumeradas no art. 18, § 2.º e entre ellas não está o *conselho*. Não se pôde confundir o *conselho* com o *mandato*, nem pôde este incluir aquelle, porque “no mandato suppõe-se que o mandario não tinha interesse algum em commetter o delicto; o mandante é a causa primaria delle, sem o mandato o mandatario não teria certamente commettido o delicto no qual tinha interesse algum”; ao passo que “no conselho suppõe-se que aquelle que o dá não tem interesse algum no delicto; que o delicto é exclusivamente em vantagem daquelle que recebeu o *conselho* e que o *executa*, e pode-se mesmo admittir que elle teria commettido o delicto sem o conselho do outro (CARRARA, §§ 455 e 459). Não estando o conselho incluido entre as formas de participação moral do art. 18 § 2.º do Cod. Penal, não pôde elle ser considerado como tal, porque “as disposições relativas a esta materia são, como todas as disposições penaes, essencialmente limitativas, e não admittem, por consequencia, nenhuma applicação analogica” — Cod. Penal, art. 1, 2.ª parte, HAUS, § 492 (*Accord. do Superior Tribunal de Justiça de Goyaz*, de 6 de junho de 1898).

XI. Tratando-se de lueta entre dois grupos de pessoas, da qual resultaram ferimentos nas que compunham um delles, são co-responsaveis por taes offensas todos os do contrario, uma vez que não se possa precisar a responsabilidade de cada um. O dispositivo do art. 66 só influe por occasião da applicação das penas, como é expresso no citado Codigo (*Accord. do Tribunal de Justiça do Paraná*, de 20 de fevereiro de 1906).

XII. Havendo accordo de intenção e o concurso simultaneo da acção, mas não se constando qual dos dois indiciados foi o autor do ferimento soffrido pela victima. devem ambos ser considerados

como co-autores do facto delictuoso (*Accord. do Trib. de Justiça do Maranhão*, de 5 de junho de 1906).

XIII. O nosso systema de co-delinquencia legal comporta o commando successivo, pois na definição de autoria intellectual (artigo 18, § 2.º) não emprega o Cod. Penal o adverbio — directamente — usado entretanto com toda a propriedade nos §§ 1.º e 4.º do mesmo artigo, significando a relação immediata entre o agente e o crime, sem a interposição de terceiros (*Accord. do Trib. da Rel. de Goyaz*, de 28 de outubro de 1910).

XIV. Nas rixas, cada qual responde só pelos actos que commetter (*Trib. de Justiça de S. Paulo*, de 5 de novembro de 1915).

XV. Ha, evidentemente, no § 3.º do art. 18 do Cod. Penal uma das formas de co-autoria. Mas o prestador de auxilio é um autor physico necessario, e, sem que haja autor directo, isto é, intellectual e physico, não se comprehende como possa haver autores simplesmente causativos ou auxiliares necesarios. Não ficando apurada no summario de culpa a participação de cada delinquente em um homicidio, devem todos ser pronunciados como autores directos deste. Pronuncial-os como auxiliares necesarios, sem que appareça um autor intellectual e physico é absurdo.

O auxilio necessario só pôde ter prestado antes e durante a execução do crime. O auxilio prestado á execução de um crime presuppõe sempre um executor deste (*Accord. do Trib. da Relação de Minas Geraes*, de 31 de maio de 1929).

#### 147. — Jurisprudencia estrangeira.

##### ITALIANA

I. Perché si ritenga la correità non é necessario che tutti i correi abbiano compiuto l'atto materiale consumativo del reato, ma basta che vi concorrano in quassivoglia modo la loro opera ed anche con la loro presenza. Ritenuto il concorso indispensabile all'esecuzione di un reato, è indifferente che alcuno dei correi non si sia trovato nel luogo preciso, dove fu consumato il reato, allorché chi stava lungi cooperó col suo contegno all'esecuzione del furto (*Cass.* 24 nov. 1892).

##### BELGA

II. Est punissable comme coauteur celui qui rédige méchamment une dénonciation calomnieuse au nom d'un tiers, en qualité de simple mandataire de celui-ci (*Cour de Cassation*, 20 octobre 1868).

## HESPANHOLA

III. El hecho de vigilar el lugar donde se perpetra el crimen, mientras su correo lo ejecuta, para assegurar su perpetración, constituye en autor al que de este modo intervient en el delict (Tribunal Supremo, 19 jun. 1893).

IV. Es autor de denuncia falsa el abogado que redacta el escrito haciendola, aunque sólo la firme el interesado (Tribunal Supremo, 11 oct. 1879).

V. Es autor el que reunido con los demás que cometieron el asesinato y llevando armas como ellos, fué uno de los que amenazaron y persiguieron a los que acudieron en auxilio de la victima. (Tribunal Supremo, 22 abril 1873).

Art. 21. Serão cúmplices :

§ 1.º Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instruções 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 coisas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo saber-o, pela qualidade ou condição das pessoas de quem as houverem.

§ 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 reúnem.

148. — Destas disposições se vê que a cumplicidade se caracteriza por uma participação accessoria e secundaria, influyendo apenas para preparar e facilitar o crime a que se liga.

Assim concebida, o código a considera primeiramente de um modo *geral*, como applicavel, em regra, a todos os crimes (§§ 1.º e 2.º), e depois, de um modo *especial*, nos casos de receptação de coisas e de acolhida e asylo de malfetores (§§ 3.º e 4.º). Quanto á *qualidade* dos actos da cumplicidade, esta é considerada ainda no aspecto *moral* e *material*, ou como diz CARRARA, como concurso de vontade e concurso de acção, da mesma fórma que a autoria, segundo prepondera em um caso o elemento moral e no outro o material na participação. Quanto ao *tempo*, a cumplicidade é encarada em triplice aspecto, a saber: *ante-delictum*, *delicto tempore* e *post-delictum*.

Apreciemos primeiramente a cumplicidade geral.

149. — Accentuando que a cumplicidade deve consistir em participação secundaria ou accessoria, presuppondo, pois, um crime já resolvido e em preparo ou em execução, isto é, um crime com seus dois elementos essenciaes, o psychico e o material, o codigo, no § 1.º deste artigo estabelece isso mesmo como clausula geral, applicavel a todas as modalidades da cumplicidade, estatuinto que serão cúmplices os que, *não tendo resolvido* ou *provocado de qualquer modo o crime*, fornecerem *instrucções* para commettel-o e prestarem *auxilio* á sua execução. E como nota MACEDO SOARES, esse character accessorio da cumplicidade sobresahe ainda do emprego do verbo *ser* no art. 17 e no art. 21, alli empregado no indicativo, e aqui no futuro, como que accentuando que sem os autores não se concebe o crime, ao passo que nisso nada influe o concurso ou não concurso dos cúmplices.

A penalidade imposta á cumplicidade mostra ainda o seu character accessorio, por isso que, segundo o art. 64, será a da tentativa do crime, isto é, a pena deste menos um terço.

Segundo ainda o art. 21 § 1.º, a cumplicidade póde ter lugar por qualquer destes modos:

- a) fornecendo instrucções para commetter o crime;
- b) prestando auxilio á sua execução.

Como já notamos, a conjuncção — *e* — está ahi com o effeito da disjunctiva — *ou*.

A primeira dessas formas é a cumplicidade *moral* e a segunda *material*.

Apreciemos a primeira forma ou cumplicidade moral.

150. — Para que se verifique a cumplicidade moral, por meio de *instrucções*, é necessario primeiramente que estas sejam dadas intencionalmente, isto é, sabendo o agente que se destinam a um crime determinado, e querendo que tenham esse destino, requisito intencional que deve existir aliás em toda participação criminosa. O codigo torna bem explicita esta condição, aliás já firmada pela regra geral do art. 24, dizendo que são cúmplices os que, *não tendo resolvido* ou *provocado de qualquer modo o crime*, fornecerem *instrucções para commettel-o*. Trata-se, pois, de dar instrucções em vista do crime, para facilitar a sua execução.

Exclue assim o codigo a cumplicidade por culpa.

Supponhamos, diz HAUS, que um creado tenha feito conhecer aos seus companheiros o lugar em que se encontra o dinheiro do seu patrão e o modo de ahi chegar.

Se os companheiros do creado aproveitando estas instrucções roubam o dinheiro, elle não póde ser considerado cúmplice do crime commettido, a não ser que se prove que as instrucções foram dadas com intenção criminosa.

Além de intencional, a cumplicidade por instruções, como toda participação, deve ter influencia na execução do crime, pelo que não se verifica se não foram seguidas pelo autor material, ou foram empregadas em crime diverso.

O código da Baviera, art. 74, seguido textualmente pelo argentino, art. 33, deixa explícita esta condição, estatuinto que são cúmplices “os que fornecerem ao autor principal instruções sobre o modo, os meios ou a ocasião de executar o crime quando o mesmo crime fôr realmente commettido em virtude dessas instruções.” E’ de notar que o termo — *instruções* — não implica no assumpto a idéa de um plano detalhado, prevenido todas as difficuldades que o agente possa encontrar e indicando os meios de vencel-as. Uma simples *indicação* basta, se esta deve falicitar a pratica do crime.

As instruções equivalem ao que os antigos criminalistas chamavam *consilium instructivum* (NYPELS).

Exemplos: *indicar o lugar, a hora*, em que é encontrado o homem que deve ser assassinado — *indicar o bolso*, em que Pedro traz a carteira, contendo dinheiro — *indicar a hora* em que os moradores de uma casa se recolhem aos seus aposentos, ou estão dormindo, afim de que o roubo ou outro crime possa ser commettido nessa casa — *indicar o modo* de fazer a *pontaria* — *indicar em que parte* do corpo deve ser dado o *primeiro golpe* — *indicar os meios*, os *modos* de impedir qualquer defesa da parte do individuo contra quem é planejado o crime (ESCOREL).

151. — A cumplicidade moral se manifesta ainda, segundo o § 2.º do art. 21, pela *promessa feita ao criminoso antes ou durante a execução, de prestar-lhe auxilio para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestigios*. Esta modalidade da cumplicidade moral, que não é prevista pelos códigos francez e belga, encontramos, em fórmula mais geral, no código da Baviera, art. 76, reproduzido textualmente no art. 36 n. 4, do código argentino, dispondo que são cúmplices “aquelles que, *antes ou durante* a consummação, tiverem promettido aos criminosos occultar o facto ou dar-lhe qualquer outro auxilio ou assistencia *depois* de consummado o crime”. O código italiano, art. 64, contem tambem uma forma ampla e comprehensiva, nos termos — *promettere assistenza ed aiuto dopo il reato* —, collocando na mesma linha outra modalidade de cumplicidade — *eccitare o rafforzare la risoluzione di commetter il reato* modalidade esta que o nosso código não contempla, e antes repelliu, com o estatuir que o cúmplice *não tenha provocado de qualquer modo o crime*, dando lugar, como já tivemos occasião de notar, á impunidade de temiveis delinquentes.

Nem colhe o argumento de que subtil e tenue é a linha de separação entre a instigação principal, que é forma de autoria, e a instigação secundaria, aquella creando na mente de outrem a reso-

lução criminosa, esta apenas excitando ou reforçando uma resolução já existente, embora em forma latente, e embryonaria, e só se revelando com a acção excitadora de outrem, porquanto o mesmo se verifica entre a autoria, por auxilio necessario, e a cumplicidade por auxilio não necessario, formas estas não obstante adoptadas pelo codigo.

A questão se reduz a uma constatação de facto, tendo-se em vista sobretudo, diz CASTORI, os motivos que o autor podia ter para agir. Se estes motivos subsistiam prepotentes, independentes de toda instigação, a instigação deverá ser considerada como cumplicidade moral.

Na duvida teria applicação a regra de admittir a imputação menos grave, e isto porque em materia penal toda a duvida deve resolver-se a favor do accusado, e mais porque na imputação mais grave se comprehende necessariamente a menos grave; punindo-se menos, não ha perigo de engano.

Considerando, pois, cúmplice moral aquelle que podia ser instigador, não se commette uma injustiça, que se verificaria ao envez, de modo gravissimo, no caso contrario.

Nada justifica, pois, a exclusão feita pelo nosso legislador, ainda uma vez não garantido, como lhe competia, a ordem social.

152. — A cumplicidade na hypothese considerada, assenta na *promessa de auxilio e assistencia para depois de realisado o crime*, necessario não sendo que tal promessa seja realmente cumprida, e isto porque a execução da promessa, verificando-se depois da consummação, não poderia exercer influencia sobre o delicto. Explícitamente dispõem a respeito os cods. da Baviera e da Argentina.

O que importa é que a promessa *tenha influencia no animo do autor, excitando-o á pratica do crime*.

Como vimos, o codigo cingindo-se mais uma vez ás enumerações taxativas, reduzindo tudo a determinações mathematicas, com as consequencias prejudiciaes decorrentes, reduz a cumplicidade á promessa, não de assistencia ou de auxilio, em geral, para depois de commettido o crime, como providente e acauteladoramente dispõem os cods. da Baviera e da Italia, mas de auxilio para determinados casos sómente, isto é, para a *evasão ou fuga do autor, para occultação ou destruição dos instrumentos do crime*, e finalmente para *apagar os vestigios do crime*.

Como se vê, a cumplicidade nestes casos assenta na influencia que sobre a determinação do autor tenha exercido a promessa do cúmplice, resolvendo, por exemplo, matar por que lhe foi assegurado por este que o auxiliaria a enterrar o cadaver da victima.

A esses participantes tem-se chamado *fautores ex-compacto*, para distinguir dos *fautores accidentaliter*.

153. — A cumplicidade material verifica-se segundo o § 1.º, ultima parte, do art. 21, quando o agente, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, *tenha prestado auxilio á sua execução*.

Este auxilio póde ser prestado pelos meios mais diversos, quer no periodo preparatorio, quer no da execução do crime, por execução se entendendo a serie de actos dirigidos directamente á consummação do crime. Em caso algum, porém, póde constituir uma parte do acto de execução. As mais das vezes, o auxilio é uma acção que, se fosse praticada pelo autor, não passaria de um acto preparatorio.

O auxilio póde ser dado por actos positivos, como por actos negativos. Exemplo desta ultima hypothese, temos no caso do creado que deixa aberta a porta para a entrada do ladrão.

A palavra póde ser tambem utilizada como meio de auxilio, desde que, sem provocar o crime, influa na vontade do agente, como no exemplo apresentado por CASTORI, de induzir a victima com palavras a dirigir-se ao lugar onde a esperam os malfeitoses. Exemplificando ainda, para melhor mostrar os differentes casos de cumplicidade material, por auxilio, já que regras precisas não existem, empirica sendo a distincção, podem ser reputados cúmplices: o individuo que conduz a escada para servir á escalada; aquelle que acompanha o agente principal para reconhecer as entradas da casa, onde se quer penetrar; aquelle que scientemente fornece armas, instrumentos ou qualquer outro meio para a pratica do crime; aquelle que durante o arrombamento, serve de sentinella, de vigia; aquelle que recebe, pela janella, as mercadorias, á medida que são furtadas, etc.

E' de notar que o agente, nessas ou em semelhantes situações, se póde ser considerado cúmplice quando o seu concurso não é necessario para a pratica do crime, do contrario, deixa de sel-o para assumir a categoria de autor, na fórmula do § 3.º, do art. 18.

Assim, o fornecimento de uma arma, o impedir que a victima seja soccorrida, póde constituir um auxilio sem o qual o crime não seria commettido, e, portanto, acto de autoria.

154. — Apreciadas as fórmulas da cumplicidade geral, cabe examinar a questão se é ou não admissivel a cumplicidade de cumplicidade ou participação mediata.

Consiste esta fórmula de participação em fornecer auxilio material ou moral ao cúmplice, antes que ao autor material do crime. Exemplificando, temos a cumplicidade mediata, por auxilio material, no caso de Pedro fornecer a Paulo o veneno que este prometteu a João para commetter um homicidio; de cumplicidade mediata, por auxilio moral, no caso em que Pedro, para entrar em

uma casa, obtenha esclarecimentos de João, que alli foi empregado, valendo-se de terceira pessoa, amigo deste.

Theoricamente, nada se oppõe á admissibilidade desta fórmula de participação, porquanto, como nota GEYER, é indifferente que alguém auxilie um criminoso, fornecendo-lhe um instrumento ou movendo outrem á fornecer um instrumento, pois, em ambos casos dá-se o mesmo concurso para o crime. O que é necessario, e aliás se evidencia desde logo, é que o cúmplice mediato tenha agido intencionalmente, sciente de concorrer, embora mediatamente, ou por interposta pessoa, para a execução de um crime.

Em falta desse elemento intencional, não pôde ser considerado cúmplice, a não ser no caso, notado por KEMMERICH, em que a acção ou omissão do cúmplice verdadeiro já era criminosa por si mesma, porque então o cúmplice do verdadeiro cúmplice incorre na pena determinada por um cúmplice desta acção ou omissão.

Praticamente, a questão deve ser encarada em face do texto legal, admissivel sendo a cumplicidade mediata se a lei dá ao concurso accessorio um caracter real, isto é, trate de *auxilio ao crime*, e inadmissivel no caso contrario, isto é, se lhe der um caracter pessoal, descrevendo-o como um auxilio dado ao autor.

Ora, nos casos do § 1.º, do art. 21, a cumplicidade tem um caracter evidentemente real, porquanto as instrucções e o auxilio se referem ao crime, pelo que nesses casos pôde haver cumplicidade mediata, o que não se dá quanto aos casos do § 2.º, por isso que a cumplicidade tem ahi o caracter pessoal.

155. — Nos §§ 3.º e 4.º, do art. 21, o legislador se occupa da *receptação de coisas*, isto é, do recebimento, compra ou occultação de coisas obtidas por meios criminosos, e do *asylo e acolhida a malfeitores*, como casos de *cumplicidade especial*. Esses mesmos factos vemos qualificados como fórmula geral de culpa, sob a denominação de *encobrimento*, nos codigos hespanhol, art. 16, ns. 1 e 3, portuguez, art. 23, ns. 4 e 5, argentino, art. 42, ns. 3 e 5.

Pelo que diz respeito primeiramente á receptação, é uma verdadeira anomalia ou desvirtuamento de principios, consideral-a como caso de cumplicidade, como faz o codigo, seguindo quasi literalmente o anterior de 1830, art. 6, § 1.º, que por sua vez teve por fonte immediata o codigo penal francez, art. 62.

Não se trata de um caso de participação, mas antes de facto que assume o caracter de crime *sui generis*, e nesse sentido vem considerado pelos mais modernos codigos, como o italiano, art. 421, allemão, art. 259, etc.

Na participação criminosa ha unidade de crime e pluralidade de agentes que, por actos determinados na lei, devem ser ligados a uma das phases percorridas pela acção mesma do crime.

Consummado este, não ha pois como conceber cumplicidade. Não infringe esta regra, o caso de cumplicidade do § 2.º, do art. 21, porquanto não é pelo facto de proporcionar fuga do criminoso, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar seus vestigios, por exemplo, sepultar o cadaver, que o agente é reputado cumplice, mas sim pela *promessa de auxilio*, por um desses modos, que elle vincula-se ao crime em via de realisação.

E' exacto que após a consummação do crime, e a este ligados intinamente, novos factos podem sobrevir, commettidos por outras pessoas até então extranhas, mas ou esses factos escapam á sanção penal, ou se tornam crimes especiaes.

Temos nestes casos os chamados *factores* ou *favorecedores* do delinquente, *Begünstiger*, como dizem os allemães, isto é, agentes posteriores que favorecem sciente e voluntariamente os autores ou cumplices do crime commettido.

Taes são os que ratificam ou approvam o crime, recompensam seu agente, favorecem-n'o prestando falso depoimento, dão-lhe fuga, occultam o objecto do crime ou seus instrumentos.

No caso de receptação de coisas, não pôde haver nenhuma cumplicidade, e sim crime *sui generis*, por isso que presuppõe um crime consummado e nenhum concerto prévio entre o receptador e os agentes do crime, donde provieram as coisas receptadas.

156. — Assimilando o receptador ao cumplice, o codigo francez não fez mais do que seguir o anterior codigo de 1791 e a jurisprudencia que, com apoio nos costumes, identificava um a outro daquelles agentes, tido o receptador até como mais perigoso do que o autor.

O proloquio popular — "*receleur est pire que voleur*", testemunha bem o sentimento commum a respeito.

Esta prevenção, aliás justificada, contra os receptadores, notamos desde o direito romano.

E a disposição legal foi justificada, allegando-se que muitas vezes os receptadores o são por habito, tornando-se o centro onde vêm convergir os malfeitores conscientes de ahi encontrar um meio de occultar e de realisar os beneficios illicitos de seu maleficio.

Tal habito e taes relações equivalem a uma promessa tacita, tornando-se o concurso do receptador mais criminoso e mais perigoso ainda pelo numero illimitado de pessoas a que se dirige e pela excitação permanente que produzem.

Mas, como bem nota ORTOLAN, muito embora reconhecendo a justeza e a verdade pratica destas observações, a sciencia pura dahi conclue sómente que a receptação deve ser tratada com severidade, como um crime perigoso, posterior ao primeiro e distincto, mas connexo; que a receptação de habito deve ser erigida em crime mais

grave ainda, e punido com penas mais rigorosas, mas é preciso que o habito seja provado.

O código, porém, não tendo feito nenhuma distincção legal a respeito, e collocando sob a mesma regra tanto a receptação accidental como a receptação habitual, cabe ao juiz ter em vista essa differença tão importante, seguindo a latitude de seus poderes na applicação das penas.”

CARRARA, seguido por TREBUTIEN, JOÃO VIEIRA e outros, procurou justificar a assimilação do receptador ao cúmplice, recorrendo á distincção de delictos *instantaneos* e delictos *successivos* ou *continuos*.

No caso de delictos instantaneos, que se consummam com a propria acção, não cabe evidentemente a cumplicidade posterior, por isso que não ha continuação da offensa do direito atacado. Assim, em caso de homicidio, aquelle que auxilia a sepultar o cadaver da victima do crime, não pratica um acto de cumplicidade, porque o direito á vida não é mais susceptivel de violação, simplesmente porque a victima já está morta.

Tratando-se de delicto continuo, que admite a continuação na offensa ao direito principalmente atacado, é admissivel a cumplicidade posterior, se o acto tem por objecto facilitar o delicto em sua *continuação* e si *continuou* com effeito. Assim, aquelle que scientemente, em vista de um ganho, faz fundir a prata que me foi furtada, afim de que o ladrão possa chegar ao ultimo termo de seu delicto, isto é, o enriquecimento, não auxilia o ladrão a enganar a justiça, mas a *consummar* a violação da minha propriedade. Viola meu direito de propriedade que, máo grado o furto, é sempre integro e persistente, e é desta violação que se deve tirar a medida de sua imputação.

Em uma palavra, “o acto do receptador, que não póde ser chamado causa da primeira violação já consummada, póde ser chamado *causa* (e o é realmente) de uma violação ulterior do direito de propriedade. E’ uma *continuação* da primeira offensa (como engenhosamente observa TREBUTIEN) e é um acto de cumplicidade.”

Desde logo se vê a improcedencia desta argumentação, por isso que se apoia na persistencia do direito atacado, quando a questão está em saber se com a primeira offensa ou violação a este direito, donde resultou a posse da coisa, está ou não consummado o crime, na especie o crime de furto.

Ora, não ha que negar que com a tirada da coisa se viola o direito do dono ou possuidor, se integra a figura do furto, nada influido, pois, para sua existencia a receptação da coisa subtrahida, por isso que se apresenta como *manutenção* e na maior parte dos casos ainda como segurança e aggravação de uma *situação patrimonial contraria ao direito*, accrescenta-se ao *damno já effectuado*, o *presuppõe* segundo o seu proprio conceito (LISZT).

O que se diz do furto, tem applicação tambem ao roubo, que em substancia é um furto aggravado pela violencia, ao estellionato, á extorsão.

No trecho citado, CARRARA é o primeiro a reconhecer que o acto do receptador não póde ser chamado *causa da primeira violação já consummada*, mas sim *causa* de uma violação ulterior do direito de propriedade.

Se á idéa de causa se prende a autoria, ou melhor, se esta se caracteriza por aquella, e se com a violação se integra o delicto, teriamos não um só delicto que se protrahe, mas dois delictos que se ligam com agentes diversos que os causam, e diversos pela diversidade da acção constitutiva, um creando, pela tirada, uma situação patrimonial illegal, outro a mantendo, pela destinação dada á coisa já subtrahida.

Assim, consummada a primeira violação, inadmissivel é a cumplicidade, por isso que é materialmente impossivel tomar parte, em delicto já consummado; o acto do receptador, como *causa* de uma *nova violação*, constitue um novo delicto, si bem que ligado pela connexidade ao primeiro.

Neste sentido se têm manifestado a torrente dos escriptores, e os novos codigos, orientação infelizmente não seguida pelo nosso, que manteve a antiga intuição, e com ella uma anomalia.

157. — Na accepção grammatical da palavra, *receptar* (do latim *receptare*) é esconder coisa furtada por outro; mas na accepção juridica, tal como a toma o art. 21, § 3.º, é simplesmente deter a coisa, sabendo ou devendo saber, pela qualidade ou condição da pessoa de quem foi havida, que foi obtida por meio criminoso.

A receptação presuppõe assim tres condições, referentes á materialidade e á moralidade do acto.

1.ª) E' necessario o facto material da *detenção* da coisa proveniente de um crime.

O codigo penal francez não cogita do titulo da detenção da coisa, podendo ser qualquer, o mesmo não fazendo o nosso, que a par de meios restrictos, enumera outros mais genericos. O texto falla em *receber, comprar* ou *occultar a coisa*. Quanto ao verbo *receber*, se no conceito vulgar importa em tomar o que nos é dado, abrangendo o *uso* e o *gozo* da coisa, no conceito juridico, para os effeitos penaes, importa, diz GIURATI, em *acceitar conscientemente a detenção material da coisa*.

E' indifferente que o receptador tivesse recebido quer directamente do criminoso, quer de outro receptador, que a obtivesse daquelle.

Egualmente pouco importa que o receptador seja habitual ou não: é requisito de que a lei não cogita absolutamente.

O texto refere-se sómente á compra da coisa, excluindo assim a aquisição por titulo gratuito, como a doação.

Mais previdente foi o codigo italiano que usa do termo generico *adquirir, acquistare*.

Finalmente falla em *occultar*, que importa em subtrahir a coisa da vista de outrem, collocando-a em logar adequado, transformando-a, etc., e assim difficultando ou tornando impossivel ao titular de descobri-la.

158. — 2.º) E' preciso que a coisa seja obtida por *meio criminoso*.

O codigo francez falla em *choses enlevées* (subtrações por violencia ou fraude), em *choses détournées* (abuso de confiança e outros desvios), em *choses obtenues* (*escroquerie*, objectos fabricados em fraude), e restringindo a procedencia da coisa aos delictos contra a propriedade estatuiam os codigos sardo, art. 639, toscano, art. 417 e estatuem os de Zurich, § 178 e da Austria, § 185.

O nosso codigo, a exemplo do italiano e allemão, não faz restricções, fallando em *meios criminosos*, de sorte que a coisa póde ser obtida mediante crime contra a propriedade (furto, apropriação indebita, roubo, estellionato, extorsão) ou por outro crime que dê a posse da coisa, como o peculato, peita, homicidio, etc.

E' necessario que a acção delictuosa tenha sido o *meio* pelo qual foi obtida a coisa (LISZT).

Dahi, como consequencia, ser necessario que a coisa já existisse ao tempo do delicto em virtude do qual foi obtida, pelo que, as coisas não obtidas, mas produzidas por uma acção delictuosa, não são objecto da receptação.

Tambem não está nos casos da lei a coisa quando obtida por meio punivel, mas o delinquente adquire a sua propriedade, isto é, fal-a sua de um modo materialmente conforme ao direito e não apenas de um modo formal e sujeito á impugnação. Assim, a prostituição é (em certas condições) punivel, e tambem o é a mendicidade, mas a prostituta faz seu o salário que lhe pagam, o mendigo a esmola que lhe dão; as coisas deste modo obtidas não podem ser objecto de receptação, pois não ha uma situação patrimonial illegal, que a receptação venha manter (LISZT, JOSÉ HYGINO).

A esta conclusão somos levados, diz LISZT, pela consideração de que é da essencia da receptação a manutenção de uma situação patrimonial illegal, o que, em taes casos não se dá.

A lei fala em *coisa*, e como tal se deve entender qualquer quantidade material, susceptivel de dominio e de ser transportada, e não os *direitos*.

Pouco importa que a coisa seja alheia ou propria do autor do crime, caso este ultimo verificavel, por exemplo, quando o proprietario subtrahе a coisa a quem tinha o direito de detel-a (art. 332).

Finalmente, a coisa, objecto da receptação, deve ser a *mesma que foi obtida immediatamente pela acção delictuosa*, e não outra coisa que a substituisse ou o producto que della procedesse. Deve haver relação causal entre o crime e a obtenção da coisa por parte do receptor.

Essa relação causal é interrompida quando as coisas criminosamente obtidas são substituídas por outras.

Assim, não é objecto de receptação a coisa comprada com o dinheiro furtado, ou o producto em dinheiro da coisa furtada (LISZT, JOSÉ HYGINO, GIURATI, ESCOREL, etc.).

Sustentando o contrario, diz EDMUNDO MUNIZ BARRETO, em parecer exarado como Procurador Geral da Republica: “a melhor doutrina, a que se ajusta á nossa lei penal, é a que sustenta a desnecessidade de ser a *coisa*, entregue ao receptor, a *mesma e identica coisa*, ou *sua individualidade havida criminosamente* pelo agente principal.

Ninguém melhor do que GENNARO MARCIANO trata da receptação. O eminente criminalista exgotta o assumpto no seu precioso *Studio Teorico-Pratico* dos delictos contra a propriedade. Depois de expôr desenvoldidamente as razões de ordem juridica que imprimem á receptação o character criminoso, acrescenta: “A meu vêr, tanto vale receptor o *dinheiro roubado*, quanto o *objecto comprado com o dinheiro do furto*, ou o *dinheiro obtido com o despojo criminoso*: a lei não exige que a coisa provenha *directamente ou immediatamente do delicto* (pag. 360). Igual doutrina sustenta a Côrte de Cassação de Turim em memoravel aresto de junho de 1885. Ora, como a lei penal italiana, a nossa tambem não faz essa exigencia.

Os motivos que tornam punivel a receptação justificam de so-bejo á extensão objectiva que lhe dá o acatado criminalista italiano, e lhe damos nós.”

Ao argumento de MARCIANO, redargue, porém, GIURATI, dizendo que: “E’ verdade que a lei não diz *directamente proveniente* ou *imediatamente proveniente* do delicto, mas é no emtanto verdade que não tinha necessidade alguma de assim se exprimir. Com effeito, quando se diz coisas *provenientes* de um delicto, se diz coisas *que foram objecto* desse delicto e não se pôde estender este conceito ás transformações successivas que a coisa mesma tenha soffrido sem ampliar o conceito e a extensão da lei.

Accresce que o principio seria tambem, em suas consequencias, cheio de perigos: admittida a receptação de coisas provenientes de um delicto mas transformadas antes da intervenção criminosa, como limitar a uma só transformação a applicação do principio? E não seria além disso absurdo estendel-o a coisas diversissimas das originarias, a coisas que nada têm de commum com o delicto principal, a coisas que não podem causar suspeita de presumpção cri-

minosa, de um lado, que não são mais objecto, de outro lado, de imediata investigação do prejudicado ?

Depois, a lei, no art. 421, quiz punir, senão uma forma de cumplicidade, certo uma fórmula de connivencia, que não subsiste sem um nexu que ligue intimamente entre si o primeiro e o segundo delicto, e como este nexu é constituido precisamente pela coisa, deve tratar-se evidentemente em ambos os delictos de identica coisa.

E não ha que distinguir entre a mudança substancial e a mudança formal da coisa, quando a mudança na fórmula indica uma mudança na destinação ou em outras peculiaridades essenciaes da coisa mesma, e, por isso, um vaso, cunhado com moedas de ouro subtrahidas a alguém, não nos parece poder ser objecto da receptação.”

A adopção do principio, além de contravir a regra do art. 1.º, segunda parte, do nosso codigo, não encontra apoio no texto do § 3.º, do art. 21, onde a relação de identidade da coisa transparece na dicção “receber, occultar ou comprar *coisas obtidas por meios criminosos.*”

Entretanto, uma limitação nos parece admissivel, quando se tratar de *coisas fungiveis, res quoe in genere suo functionem recipiunt*, isto é, que na mesma especie podem fazer ás vezes uma da outra.

“Seria absurdo, diz o mesmo douto Procurador Geral, não considerar receptador quem recebesse ou occultasse scientemente o dinheiro furtado, só porque o ladrão tomára a precaução de trocar a nota por outra ou outras do mesmo valor ou de valores differentes, antes de entregal-as.”

159. — 3.º) E’ necessario que o receptador tenha agido *dolosa* ou *culposamente*.

a) Age dolosamente, nos termos da lei, quando *sabe que a coisa foi obtida por meio criminoso*.

Não é, porém, necessario que essa sciencia se estenda á especie e circumstancias da acção criminosa, bastante sendo que saiba se tratar de um crime (LISZT).

Divergem, porém, os tratadistas quanto ao momento em que deve existir a sciencia da procedencia criminosa da coisa.

Sustentam uns que a sciencia deve preexistir, ou pelo menos ser concomitante ao factu da receptação, e não posterior, pelo que não ha criminalidade se a sciencia é superveniente e não são restituídas as coisas havidas em boa fé (CHAUVEAU ET HELIE, TREBUTIEN, RAUTER, GARRAUD, CARNOT, HAUS, TUOZZI, SCHWARZE, OPPENHOF, etc.). Sustentam outros que a receptação punivel se verifica tambem quando o dolo é posterior á detenção. OLSHAUSEN sustenta que o *vitium rei inhoerens* não fica expurgado quando alguém adquiere a posse da coisa *bona fide*, porquanto a situação patrimonial illegal creada pelo delicto não deixa de existir comquanto

o adquirente de boa fé, por falta do elemento subjectivo, não seja culpado de receptação.

Neste sentido GEYER, MERKEL, HALSCHNER, BINDING, etc.

Não ha duvida que a primeira solução se harmonisa mais com os principios que regem a imputabilidade criminal, pelos quaes esta só é admissivel quando ha concomitancia do dolo e do facto da receptação, e isto resalta do texto do nosso codigo, quando faz a receptação dependente de *saber* o receptador que a coisa *foi obtida por meio criminoso*.

Esta clausula mostra tambem que bastante é o dolo generico, sem necessidade de indagação do motivo ou fim de lucro.

Como nota VIDAL, com inteira applicação ao nosso direito, a legislação franceza, em principio, não tem em nenhuma conta os *motivos* e o *fim*, contentando-se com a simples má fé que basta para constituir a intenção criminosa, pelo que a receptação punivel existe desde que suas condições são reunidas, ainda mesmo que o receptador não tivesse tirado nenhum proveito pessoal dos objectos recebidos ou os tivesse recebido em pagamento de um credito que lhe fosse devido.

Censurando o codigo de 1830 por não ter tambem em conta o motivo, THOMAZ ALVES nota que póde levar a uma conclusão barbara e deshumana, porque quem occulta ou recebe póde ter por motivo, não uma razão torpe e criminosa, porque então terá sempre delinquido, e' sim uma razão generosa e humanitaria, e até ser forçado pelas leis do sangue e do dever.

Assim é que na generalidade da disposição legal não se póde distinguir o proceder de um filho que occulta o roubo praticado pelo pae, afim de livrar a este da infamia e da pena da lei, ou da esposa em relação ao marido, e vice-versa.

Em taes caños é claro que a razão de proceder não é torpe, e sim dictada pela dedicação do filho para com seu pae e dos conjuges entre si; no emtanto, segundo a redacção do texto legal, estas acções estão equiparadas, classifica-se de crime um facto que a lei natural desculpa, se não justifica."

Apreciando, no parecer já citado, a relação de parentesco entre o receptador e o autor do delicto, o Dr. EDMUNDO MUNIZ BARRETO, observa que o nosso código, acompanhando o francez, não tem em conta a qualidade da esposa do autor do delicto para excluir o character criminoso do seu acto.

"Não podemos admittir, dizem CHAUVEAU ET HELIE, que a situação da mulher sob o poder marital torne uma accusada incapaz de receptação. As disposições dos arts. 217 e 1.412, do Codigo Civil, não são applicaveis á materia criminal: regem a constituição civil da sociedade conjugal e não a responsabilidade legal em que poderiam incorrer, por crime ou delicto, os esposos, não como esposos, mas como individuos. Para que haja a receptação, basta que a

mulher recolha ou guarde os objectos, sciente e voluntariamente. A lei não faz excepção nem para a mulher, nem para os parentes próximos, e seria perigosa qualquer excepção que neste particular fizesse.”

b) O receptador age *culposamente* quando *devia saber, pela qualidade ou condição das pessoas de quem houve as coisas, que estas foram obtidas por meios criminosos.*

A culpa está, pois, em não prever o agente, em face da *qualidade* ou da *condição* da pessoa de quem houve a coisa, que esta foi obtida por meio criminoso. É equiparada ao dolo para fundamentar a cumplicidade. Já a Ord. L. V., t. 60, § 5, contemplava o caso, em referencia á compra da coisa furtada, mandando punir o comprador como quem a furtou.

Modalidade semelhante de receptação, como vem definida em nosso código, vemos no allemão, art. 259, que faz consistir a culpa em dever o agente saber, *segundo as circumstancias*, que a coisa foi obtida por uma acção punivel.

A culpa deve, pois, referir-se justamente á procedencia da coisa receptada.

Assim, não se isenta da responsabilidade o receptador com allegar que não sabia da procedencia criminoso da coisa, quando a houve, por exemplo, de um mendigo, de um desoccupado, sem meios de subsistencia, representando ella certo valor, e adquirindo-a por preço muito inferior a esse valor, sabedor, não obstante, o comprador do justo preço da coisa.

Como se vê do cotejo do nosso código com o allemão, este contém uma fórmula mais ampla e comprehensiva, fazendo a culpa derivar das circumstancias occurrentes, ao passo que o nosso fala decorrente da qualidade ou condição da pessoa portadora da coisa.

160. — Por isso que a receptação, em nosso direito, constitue uma fórma de participação ou de cumplicidade no crime de que foi proveniente a coisa receptada, tem a sua existencia presa a deste crime.

Assim, se o crime não tem existencia legal, porque a acção não preenche os requisitos da respectiva qualificação, ou porque occorreu amnistia, não pôde haver cumplicidade por receptação.

Subsiste esta, porém, se o autor é absolvido por carencia de provas, ou porque não foi achado em culpa, visto ter commettido o crime em estado de completa irresponsabilidade.

Como nos outros casos de cumplicidade, o receptador pôde ser condemnado, ainda mesmo que o autor não seja conhecido ou esteja ausente ou seja fallecido, ou ainda quando a acção principal seja commettida no estrangeiro, desde que se inclua entre as que se applica a lei penal brasileira.

161. — No § 4.º do art. 21, temos outro caso de cumplicidade especial, a *cumplicidade presumida*, derivada do facto de *dar asylo* ou *prestar a casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reúnem*.

A forma incorrecta e obscura do dispositivo tem dado lugar a duvidas. Segundo uns, ha no caso uma hypothese de cumplicidade, por isso que o asylo, a que se refere a primeira parte do paragrapho, está explicado na segunda parte, na phrase que se segue á disjunctiva *ou*, de sorte que a cumplicidade está em *dar asylo*, isto é, *prestar sua casa para reunião*, etc. Outros entendem que ha duas modalidades, consistindo a primeira em *dar asylo* simplesmente a malfeitores; e a segunda em *prestar sua casa para reunião*, etc.

Finalmente, outros entendem que estas modalidades — *dar asylo* e *prestar a casa* — estão subordinadas ao restante do periodo pela preposição *para*, que estabelece o vinculo do complemento.

Divergencias ainda se notam quanto á configuração juridica, entendendo uns que a cumplicidade é *ante factum* (LIMA DRUMMOND, JOÃO MONTEIRO, ALFREDO PUJOL, etc.), e outros que no *dar asylo*, ha cumplicidade *post factum*, e no *prestar a casa*, cumplicidade *ante factum* (RUY BARBOSA, ESCOREL, etc.). As duvidas se dissipam, recorrendo-se ao exame do texto e ás suas fontes, que são o § 2.º do art. 6 do anterior codigo de 1830 e o art. 61 do codigo francez, devidamente elucidados por seus commentadores.

162. — Encarado o § 4.º do art. 21, em seu aspecto grammatical, não ha que negar que se desdobra em duas modalidades, isto é, *dar asylo* e *prestar sua casa*, tendo ambos como complemento o restante do periodo.

Elucidando perfeitamente o assumpto, diz o conselheiro RUY BARBOSA, que não é de admirar a versão que destaca a primeira modalidade do restante do dispositivo, porquanto na urdidura de sentenças successivas que o compõem, a idéa de cumplicidade está formalmente associada á de pluralidade e ajunctamento, senão é de reiteração e habitualidade na hospedagem áquella casta de delinquentes.

Em *reunião delles*, falla exclusivamente o legislador.

Onde irmos buscar, pois, o assassino *em unidade*, o roubador *em unidade*; com que remateinos a oração interrompida á espera do seu complemento indispensavel?

Teremos de dizer, inteirando-a: "*São cúmplices os que derem asylo a um assassino ou roubador.*"

Mas onde encontrar apparencia de justificação para tal liberdade, si a lei, precisa e accentuada, alludé unicamente a assassinos e roubadores em *reunião*.

Bem se vê que interpretar por esse feito será legislar, ou advinhar, mas não interpretar, isto é, extrahir dos textos, pelo que elles enunciam, o que elles pretendem.

Decompanhamos membro por membro, sentença por sentença, o § 4.º do art. 21, e veremos como a sua intenção se perfila translucidamente:

“São cúmplices os que derem asylo, ou prestarem sua casa, para reunião de assassinos ou roubadores, conhecendo-os como taes, e (sabendo) o fim, para que se reúnem.”

As duas orações “*os que derem asylo ou prestarem sua casa*”, coordenadas e ligadas entre si pela disjunctiva, estão subordinadas ao resto do periodo pela preposição *para*, que estabelece o vinculo do complemento.

Essa expressão subordinante domina sob a sua acção limitativa as duas formas grammaticaes, que a precedem, ligando-as ambas sob a unidade de um fim commum, indicado nas sentenças subsequentes.

E’ como se o legislador houvera dito: “*São cúmplices os que derem asylo para reunião de assassinos ou roubadores*” e em seguida: “*São cúmplices os que prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores.*”

O restrictivo “*para reunião de assassinos e roubadores*” abrange as duas phrases “*derem asylo*” e “*prestarem sua casa*”. Será cumplicidade o dar asylo, ou prestar a propria casa, *se fôr para reunião de assassinos ou roubadores.*

Não se verificando a condição de multiplicidade, que se exprime no vocabulo *reunião*, não é cúmplice dos malfeitores acolhidos aquelle que os acolhe.

Nas duas orações “*que derem asylo*”, “*que prestarem a sua casa*” ha uma gradação natural, dois matizes proximos, da mesma idéa.

De sitio inviolavel, como outr’ora os templos, os paços de embaixadores, o nome de “asylo” passou a significar a acolhida, onde alguém se acoberta de perigo, ou perseguição: soccorro, protecção, refugio (LITRÉ, *Diction de la langue franç.*, I, p. 210).

No vocabulo das nossas leis, “asylo” é especialmente a segurança offerecida ao individuo pela inviolabilidade do lar (Const., art. 72, n. 11), na casa que o cidadão habita, no agasalho que defende o perseguido, na guarida que encobre o delinquente.

Esta ultima é, na phraseologia dos criminalistas, a significação particular do termo.

O *asylo* corresponde no tocante ás pessoas, a *receptação* no tocante as coisas.

Entre os francezes é synonymo do *récel*, quando este se applica a pessoas, em vez de objectos.

CHAUVEAU ET HELIE, por exemplo, escrevem: “Ceux qui donnaient asile aux coupables, ou qui récélaient des objets volés... (Theor. du cod. pen., ed. NYPELS, I, n. 623).

Commentando o art. 61 do cod. penal francez, que falla em “*logement, lieu de retraite ou de réunion*”, as *Pandectas Francezas* synonymisam essas tres locuções com a de *asylo*...

De modo que, na proposição “ou prestarem sua casa”, se traduz a mesma idéa que na immediatamente anterior “que derem asylo”, com a differença apenas que aquella particularisa uma das especies nesta generalizadas: a casa é uma das formas do asylo, forma mais directa, mais accentuada, mais intima.

Na casa de quem o proporciona ou fóra della, o asylo, a saber, o esconderijo, o encobrimento, a protecção do segredo, e da segurança material; é o que se pune nesse genero de cooperação com o crime.

Mas, podendo o asylo dar-se, ou se prestar a casa para homisio a um ou a muitos, o legislador circumscreveu a idéa á hypothese de muitos homisiados, mediante o complemento restrictivo da phrase immediata, regida pela expressão de subordinação *para*, cuja função especifica é determinar o *fim*. Essa limitação, porém, não é a unica, a que o legislador submetteu a concepção do abrigo, apparelhado pelo individuo em sua residencia, ou fóra della, a reunião de malfeitosos. Se elle os não “*conhece como taes*” e não “*sabe o fim, para que se reuñem*”, não ha criminalidade em lhes dar asylo ou prestar a casa.

Nas duas ultimas orações regidas pelos participios imperfeitos “*conhecendo-os*” e “*sabendo*” o codigo penal estabeleceu a clausula *sine qua non*, para que o asylo franqueado a reuniões de criminosos assuma a feição juridica de cumplicidade.

O periodo, no § 4.º do art. 21, contém, pois, intellectualmente, tres elementos, cujo concurso a define: nas palavras iniciaes “os que derem asylo ou prestarem sua casa: a noção geral do açoitamento, o acto, indefinido até então, do açoitador; logo após, nos termos “*para reunião de assassinos e roubadores*” a qualificação do refugio punivel, de cuja idéa se subtrahem assim os casos de hospitalidade offerecida, quer a um criminoso individualmente, uma ou mais vezes, quer a diversos, em occasiões differentes, sem reunião, e por ultimo, nas expressões “*conhecendo-os como taes e o fim para que se reuñem*”, o elemento moral da adhesão ao crime dos acqitados.”

163. — Relacionando agora o texto ás suas fontes, a figura da cumplicidade presumida ahi contida se desenha com toda a nitidez, especialmente quanto ao momento de sua externação. O artigo 61 do codigo francez. reproduzido textualmente no código belga, art. 68, estatue:

“Ceux qui connaissant la conduite criminelle de malfaiteurs exerçant des brigandages ou des violences contre la sureté de l’Etat, la paix publique, les personnes ou les propriétés, leur fournissent habituellement logement, lieu de retraite ou reunion, seront punis comme leurs complices.”

Inspirando-se neste texto, o nosso codigo de 1830, art. 6 § 2, adoptou a cumplicidade presumida alli figurada, considerando como complices “os que derem asylo ou prestarem suas casas para a reunião de assassinos ou roubadores, tendo conhecimento de que commettem ou pretendem commetter taes crimes.” Esta disposição foi reproduzida no codigo vigente, como se vê no § 4.º do art. 21, com as seguintes modificações: inserindo-se a clausula — *conhecendo-os como taes* — e dando á clausula — *tendo conhecimento de que commettem ou pretendem commetter taes crimes* — outra forma mais synthetica, assim: — *conhecendo o fim para que se reúnem*. Fazendo um cotejo da disposição assim concebida com a do art. 61 do codigo francez, encontramos, a par de ponto substancial de contacto, differenças importantes.

Como observa RUY BARBOSA, são os mesmos, nos dois codigos, os caracteres fundamentaes da culpabilidade: a sciencia do procedimento dos malfatores e o resguardo, o albergue deparado a essa laia de gente.

Ha, porém, entre as duas disposições, importantes differenças.

Primeiramente, o codigo francez exige apenas, do acoitador, noticia do proceder usual dos acoitados: “Cette connaissance doit se rapporter seulement à la conduite criminelle des malfaiteurs, nullement aux délits déterminés qu’ils commettent (THIRY, *Cours de droit crim.* n. 250, p. 179).

Entretanto, a nossa lei não considera verificada a cumplicidade, se aquelle que proporciona o asylo ignora o fim especial, para que os malfatores o utilisam: “conhecendo o fim para que se reúnem”.

Em seguudo lugar, a legislação franceza estabelece a condição de habitualidade no acobertador, condição que a nossa não aceitou, reputando sufficiente por parte do accusado o conhecimento do fim, para que o abrigo dado serve de valeiroiro aos ajuntamentos de criminosos.

E quer me parecer que o codigo brasileiro teve razão, porquanto, na hospedagem offercida, ainda que uma só vez, a conciliabulos de malvados, ha razão para pronunciar a cumplicidade, se quem os agazalhou sabia o fim que os reuniu.

Depois, verificados o conhecimento e o habito, o art. 61 do cod. francez é applicavel á guarida que se der a um só malfetor (*Pandect. Franc.*, v. XIX, p. 514).

Mas isso porque naquelle codigo, a redacção diverge da do nosso. Alli se condemna o “*logement, lieu de retraite ou de reunion*”, o

albergue, logar de reunião deparado a malfeitores; locução multipla, que, a par do asylo á reuniões de criminosos, envolve a singularidade na hospedagem, o asylo individual. O ordume grammatical da phrase, porém, no código brasileiro, só figura a hypothese do asylo dado ou casa prestada “*para reunião de assassinos ou roubadores.*”

Mas, nas duas legislações o ponto de partida é o mesmo: “La complicité a sou point de départ dans la présomption légale d’une *association* entre les malfaiteurs et lui (le complice) GARRAUD, II, p. 428. O intuito do legislador francez descobre-se nas palavras do orador do governo perante o corpo legislativo:

“L’article 61 remplira une lacune importante: désormais la classe dangereuse des individus dont l’habitation sert d’asile à des malfaiteurs, et qui leur fournissent habituellement logement, rétraite ou lieu de réunion, sera assimilée aux complices.

Si les malfaiteurs épars ne trouvaient point ces repaires, ou ils se rassemblent, se cachent, concertant leurs crimes, en déposent, les fruits, la formation de leurs bands et leurs associations, seraient plus difficiles ou plus promptement découverts: on ne peut les recevoir *habituellement sans connaître leurs projets et leur conduite, et sans y participer* (LOCRE, XXX, 275: XV, 131). E não é o asylo, mas a habitualidade no asylo criminosos o que constitue, alli a cumplicidade.

“Il faut bien remarquer que ce n’est pas le récélement, mais l’habitude de récéler qui constitue la complicité (CHAUVEAU ET HELIE, I, p. 229, n. 673).

E’ que desse habito decorre naturalmente a presumpção “de l’association entre le receleur et les malfaiteurs”. (THIRY, loc. cit., ps. 179, 180).

E por isso BERTAULD dá a essa especie de connivencia criminosa o nome de “cumplicidade *presumida...*”

O nosso código, que não adoptou como ponto de partida a habitualidade, expressa no francez, pôz na idéa de reunião a base material da cumplicidade pelo asylo.

De sorte que entre os dois systemas ha um ponto substancial de contacto: em ambos é condição essencial a pluralidade no objecto do asylo, successiva pelo hábito ou simultanea pela reunião.

Tomando a reunião como circumstancia discriminativa da cumplicidade pelo asylo dado a malfeitores, o nosso código penal adoptou um criterio preciso e facilmente applicavel aos factos. Aquelle que proporciona a assassinos e roubadores logar abrigado, onde se congreguem, não pôde invocar em sua defesa os motivos de justificação, a que frequentemente cederá o homisio prestado singularmente a uma pessoa.

O ajuntamento de criminosos desse jaez importa necessariamente a preparação ou execução de attentados.

164. — Elucidando assim o texto legal, conclue RUY BARBOSA por considerar ahi contidas duas especies de cumplicidade, uma *anterior*, no “prestar a casa para reunião de assassinos, ou roubadores”, porque ao facto de uma reunião de matadores, ou ladrões, a idéa, que se associa, é a do conchavo para o homicidio, ou o roubo; outra *posterior*, a protecção subsequente ao delicto, no *asylo*, por isso que na lexicologia criminal, *asylo* — quer dizer especialmente refugio contra a acção das autoridades.”

Mas esta conclusão não está de accordo com as premissas adoptadas, porquanto longe de mostrarem no texto duas especies de cumplicidade, diversas quanto ao tempo, uma anterior e outra posterior ao facto, mostram antes que são ambas *ante factum*.

Effectivamente, se em *asylo e prestação da casa* ha dois matizes proximos da mesma idéa, apenas com a differença que um particularisa uma das especies em outro generalizadas; se tanto o *asylo* como a prestação da casa têm a mesma destinação, isto é, a reunião de malfeitores, conhecidos como taes pelo albergador, os quaes se reúnem para fim também conhecido do acoutador; se ao facto de uma reunião de matadores ou ladrões, a idéa que se associa é a do *conchavo para o homicidio ou o roubo*, não ha como distinguir duas cumplicidades diversas, uma *ante factum* e outra *post factum*.

Argumentar-se que o *asylo* envolve a idéa de refugio contra a acção das autoridades, o que presuppõe a pratica do crime, não procede porque a acolhida é dada nos termos expressos da lei, para *reunião* que visa um fim determinado, que outro não é senão commetter assassinatos ou roubos, ou concertar taes crimes.

Como já vimos, usando da forma — *conhecendo o fim para que se reúnem* — o codigo vigente synthetisava o que, em forma analytica, vem no anterior codigo, que explicitamente dizia — *commettem ou pretendem commetter taes crimes*.

“*Commitem*, diz J. A. CAMARGO, refere-se ao presente, ao tempo actual, a actos concomitantes do delicto, que acompanham a perpetração actual deste. *Pretendem* — quer dizer futuramente, mais tarde, e refere-se aos actos preparatorios, que antecedem a execução que ha de haver do delicto.”

Egualmente FRANCISCO LUIZ põe em relevo as expressões da lei, aliás clarissimos, dizendo “se se tratar no caso de cumplicidade especial — *ante-factum*, devendo attender-se que si é crime a simples prestação da casa para a reunião de assassinos ou roubadores, tendo-se *conhecimento de que commitem ou pretendem commetter taes crimes*, não o é menos, segundo a doutrina consagrada no codigo, dar-lhes com o mesmo conhecimento *asylo*, couto, em *qualquer lugar de segurança*”

Neste trecho deixa o commentador firmada a distincção tam-  
bem feita pelo cons. RUY BARBOSA, entre *asylo* e *prestação da casa*,  
em um caso dando-se acolhida em qualquer logar de segurança, e  
no outro, acolhida particularisada, restricta a um logar, á casa,  
e não vê no concurso do acoutador, em qualquer das hypotheses,  
senão uma cumplicidade *ante-factum*. Demais, tratando-se de assas-  
sinos e roubadores profissionaes ou habituaes, devem estar sob a  
acção vigilante ou perseguidora das autoridades, pelos delictos pra-  
ticados, e, portanto, a acolhida que lhes fosse dada, furtando-os da  
justiça, seria um asylo, tomado este termo na accepção apontada;  
mas a criminalidade do acoutador, como cumplice, se verifica, quando  
assim procedendo, sabe tamem que os acoitados commettem ou  
vão commetter novos crimes.

E' por isso que o codigo diz: *conhecendo-os como taes* (assas-  
sinos ou roubadores) e o *fim para que se reuñem*.

Como bem nota LIMA DRUMMOND, o vocabulo *asylo* está appli-  
cado como synonymo de esconderijo, de logar seguro que protege  
o delinquente e *facilita a organização dos planos delictuosos*. O  
asylo, assim considerado, como a prestação da casa para a reunião  
de assassinos ou roubadores está para a perpetração do crime na  
*relação do meio para fim*."

#### 165. — Jurisprudencia brasileira.

I. — Não se póde dar cumplicidade criminal senão quando o  
concurso que a constitue é prestado dolosamente, isto é, com sciencia  
e consciencia do crime para o qual a assistencia é prestada. A cum-  
plicidade não póde ser meramente culposa, mas caracteriza-se sempre  
por um concurso prestado *scienter et libenter* (*Accord. do Supr.*  
*Tribunal Federal*, de 3 de fevereiro de 1897).

II. — Aos cumplices se communica a aggravação da respon-  
sabilidade do autor por circumstancias inherentes á infracção.

Assim, se estende aos cumplices a responsabilidade deferida no  
art. 19 § 1.º do Cod. Penal para o autor, sendo certo que na pessoa  
deste, e não na do cumplice, é que se ha de ir procurar a quali-  
ficação e a medida da gravidade do factio (*Accord. do Supr. Trib.*  
*Federal*, de 29 de dezembro de 1902).

III. — E' elemento essencial no conceito da cumplicidade,  
prevista pelo art. 21, § 2.º do Cod. Penal, que a circumstancia da  
promessa de auxilio para evasão seja feita *antes* ou *durante* a exê-  
cução do crime (*Accord. do Supr. Trib. Federal*, de 28 de junho  
de 1911).

IV. — Para que se dê a cumplicidade definida no § 3.º do  
art. 21 do Cod. Penal não é necessario que o conhecimento da proce-

dencia criminosa se dê no momento de seu recebimento; basta que, verificada a sua procedencia, o receptador conserve a coisa receptada (*Accordão do Supr. Trib. Federal*, de 28 de junho de 1913).

V. — Incorre em cumplicidade no crime de furto a mulher que recebe e occulta coisas furtadas por seu marido, sabendo, ou devendo saber que o foram (*Sent. confirmada pelo Supr. Trib. Federal*, em 29 de abril de 1914).

VI. — Não se diga que o contrabando, classificado no Codigo Penal como “crime contra a Fazenda Publica”, não comporta cumplicidade *post-factum*. A receptação, a considere a lei um delicto *sui generis*, accessorio ou subsidiario, ou uma das modalidades da coparticipação secundaria na infracção penal, caracteriza-se sempre por um acto consequencia á consummação do facto principal, isto é, da originaria acção punivel. E’ esta que imprime á receptação o character delictuoso, seja qual fôr a natureza ou especie dessa acção. O que se faz mistér é que a coisa recebida pelo receptador tenha proveniencia ou condição criminosa, passe illicitamente para elle (que a sujeita de facto), depois de consummado por outrem o acto anti-juridico em virtude do qual este agente obteve a coisa, ficou com o poder de dispôr della materialmente, de éntregal-a áquelle, em prejuizo da administração da justiça, difficultando a repressão do delicto principal e impedindo muitas vezes que o prejudicado possa conseguir a reparação patrimonial a que tem direito. O *vitium rei*, que a receptação suppõe, não se limita aos bens corporaes de que se apossa o delinquente por meio de crime contra a propriedade, nem mesmo aos de que elle se apropria ou se apodera por meio de outras formas de acção criminosa, como por exemplo, a falsidade e o peculato, mas se estende ao objecto sobre que recahe qualquer delicto, em virtude do qual a coisa é subtrahida á legitima detenção de terceiro, ou á sua fiscalisção legal para o effeito do recebimento de impostos, por cuja effectividade responde a propria mercadoria gravada, como succede na hypothese do descascamento. A locução generica empregada pelo nosso Codigo (art. 21 e § 3.º) é a mais ampla que se possa conceber nessa especie de cumplicidade *a posteriori*. O texto estava no Cod. Criminal de 1830, art. 6, § 1.º, que se orientando pela boa doutrina, deixou de lado o conceito restrictivo da Ord. liv. V, tit. 60, § 5.º, comprehensivo sómente da receptação de coisa furtada ou roubada, como era no Direito Romano. Em conclusão: as palavras “coisas obtidas por meios criminosos” não traduzem apenas a aquisição criminosa dellas, a sua posse ou detenção com offensa á lei penal: comprehendem tambem nos termos do art. 265, a desoneração ou evitamento delictuoso dos encargos a que ellas estejam por ventura sujeitas em beneficio do Estado, que tem o direito de apprehendel-as e alienal-as, no caso de não

cumprimento dessa obrigação, para haver do producto da venda a importancia que por lei lhe cabe (*Accord. do Supr. Trib. Federal*, de 30 de janeiro de 1926).

VII. — Nem por ser *instantaneo* — no crime de bigamia previsto pelo art. 283 do Cod. Penal, isto é, por se consummar pelo facto de contrahir o nubente um novo casamento antes da dissolução do primeiro, não está excluída a cumplicidade, porquanto o mesmo Codigo a considera possível com relação aos que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instruções para commettel-o e prestarem auxilio á sua execução (art. 21, § 1.º do Cod. Penal). E se ninguem pôde casar sem prévia habilitação, a certidão respectiva, fornecida pelo Official Publico, pôde constituir uma das formas daquelle auxilio. Esse acto por elle praticado, embora apoiado em processo aparentemente régular, pôde importar em procedimento criminoso se demonstrado por provas produzidas no summario de culpa (*Accord. do Supr. Trib. Federal*, de 7 de maio de 1928).

VIII. — O § 1.º do art. 21 do nosso Cod. Penal comprehende duas especies de cumplices: o *intellectual, causa moral secundaria* do delicto, aquelle que *fornece instruções para commetter o crime* (1.ª parte); e o *physico, causa material secundaria* do delicto, aquelle que *prestou auxilio* — dispensavel — á sua execução (2.ª parte). As palavras do § 2.º do mesmo artigo — “*prometterem ao criminoso auxilio para evadir-se, etc.*”, contem tambem um meio formal da primeira especie de co-participação accessoria, que subsiste não obstante o não cumprimento da *promessa*.

Abandonando a formula generica do Codigo de 1830, que era mais ou menos a do Codigo hespanhol, o Codigo de 1890, como o francez, o belga, o italiano e o argentino, adoptou o systema da *enumeração taxativa*, em ordem a só constituirem meio de co-participação secundaria os *casos declarados* no texto penal. A expressão “*fornecer instruções para commetter o crime*” é dos arts. 67 do Cod. belga, e 66, n. 2, primeira parte do Cod. italiano...

As *instruções* devem ser dadas *scientemente* em vista do crime determinado e para *facilitar a sua execução*.

A palavra *instruções* não implica a idéa de um plano detalhado, prevenndo todos os obstaculos que o agente possa encontrar e indicando os meios de vencel-os. Uma *simples indicação basta, se deve facilitar a execução do crime*.

E' preciso que as instruções tenham *servido*, isto é, que tenham *realmente facilitado a execução*. Si não foram seguidas, a culpabilidade do cumplice *desapparece*, porque não existirá mais laço entre elle e o autor.

As *instrucções* equivalem ao que os antigos criminalistas chamavam *consilium instructivum*. Não é necessario que sejam acompanhadas de uma provocação por dadas, promessas, etc. — NYPELS, *Cod. Pen. Belge interp.*, tom. I, p. 107, GIACHETTI, *Dei reati e delle pere in gen.*, V, III, ps. 108 e 109 (*Accord do Cons. do Trib. Civil e Criminal*, de 11 de junho de 1898).

IX — Tratando-se de um crime meramente culposo, não pôde ter lugar a cumplicidade, como não pôde haver a tentativa, por isso que a cumplicidade, segundo o nosso Cod. Penal, em seu art. 21 § 2.º, só se pôde verificar quando antes ou durante a execução ha promessa, ao criminoso para evadir-se, occultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestigios. A expressão do nosso Código “antes ou durante a execução prometterem ao criminoso auxilio”, presuppõe accordo ou ajuste entre os diversos agentes do crime, e nos de natureza culposa, tal hypothese se não pôde verificar, porque trata-se de delictos involuntarios, que por assim dizer, não podem no momento em que occorrem, consciêntemente ser previstos e até ás vezes evitados. Esta opinião está sagrada não só pela doutrina, como pela nossa jurisprudencia, como se pôde verificar em o accordam do Supr. Trib. Federal, de 3 de fevereiro de 1897 (*Jurisp. dos Tribunaes*, 1897, p. 299, e em FLORIAN, GARRAUD, VON LISZT, ESCOREL, MACEDO SOARES, NYPELS) — Sentença do *Juiz da 7.ª Pretoria Crim.*, de 13 de outubro de 1914, confirmada por *accordam da 3.ª Camara da Côte de Appellação*, de 12 de maio de 1915).

X — E' nullo o julgamento, quando, no libello, o promotor se iimitou a dizer que — o réo prestára auxilio — sem articular o facto que constituiria o auxilio (*Accord. da Camara Crim. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 20 de abril de 1903)

XI — Havendo João sido assassinado por Hilario, este e Francisco conduziram o cadaver para a mata e ahi o queimaram com o fim de occultar o crime e apagar os seus vestigios.

A intenção de Francisco foi completamente *posterior* ao facto criminoso, no intuito de proteger seu filho Hilario, sem *nenhuma ligação*, mesmo a mais remota com o *crime praticado*, o que seria essencial para a devida applicação do art. 21 § 2 do Cod. Penal. Francisco não pôde ser considerado cumplice. A intervenção posterior ao facto criminoso, sem ligação alguma com o crime, não constitue cumplicidade definida no art. 21 § 2 citado (*Accord. do Tribunal de Justiça de S. Paulo*, de 12 de maio de 1893)

XII — Consta do mandado de prisão, da denuncia e das informações do juiz summariante, que o paciente fôra preso pelo facto de dar asylo em sua fazenda ao assassino Riogo da Rocha e seus

sequazes, conhecendo-os como taes e o fim para que se reuniram. Este facto não constituem um crime especial, mas é considerado como cumplicidade presumida, nos termos do art. 21 § 4 do Cod. Penal, e como tal deve ser punido, isto é, com a pena do crime, menos a terça parte em cada um dos grãos.

Em face da lei e dos principios, a cumplicidade envolve o conhecimento no mesmo processo dos crimes imputados aos autores, e presuppõe conhecidos e provados os factos principaes, sem o que tornar-se-ia impossivel a applicação da pena.

A denuncia não cogitou da autoria, como era essencial, e ainda mais, nem sequer determinou precisamente as datas e os logares onde foram commettidos os assassinatos, se este factos já foram verificados judicialmente por meio de processo, qual a época em que foi prestado o asylo e se o paciente é denunciado como cumplice de um ou de todos os crimes perpetrados por Diogo e sua quadrilha. O summario é evidentemente nullo por não se comprovar de modo certo e juridico os factos principaes, crimes dos asylados, neccsarios para regular a applicação da pena de cumplicidade (*Accórdams do Tribunal de Justiça de São Paulo*, de 19 e 24 de maio de 1897).

## 166. — Jurisprudencia estrangeira.

### FRANCEZA

I. Le fait d'avoir donné des *instructions* à l'auteur d'un délit suppose la connaissance de la criminalité, et il n'est pas nécessaire que cette dernière circonstance soit expressément constatée (*Cour de Cassation*, 28 décembre 1872).

II. Un accusé peut être déclaré coupable d'une double complicité : par *instructions* et par *récel*. Ces deux déclarations ne sont nullement inconciliables (*Cours de Cassation*, 27 décembre 1872).

III. Le seul fait de n'avoir pas empêché de commettre le meurtre ne suffit pas pour constituer un fait de complicité (*Cour de Cassation*, 13 mars 1812).

IV. La complicité d'une action, qualifiée crime, consiste dans de faits ou actes spécialement déterminés par la loi ; on ne saurait assimiler l'inaction de celui qui ne s'oppose pas à la perpétration d'un crime, quelque blâmable que puisse être cette inaction au point de vue de la morale et de l'humanité (*Cour de Cassation*, 16 décembre 1852).

V. Pour que le complice soit condamnable, il faut que les armes, les instruments ou les autres moyens qu'il a fournis, aient servi

à l'action; il faut, de plus, que le complice ait su qu'ils *dévaient* y servir; il ne suffirait pas qu'il ait su qu'ils *pouvaient* y servir (*Cour de Cassation*, 18 mai 1844).

VI. Il n'y a de complicité par aide ou pour assistance, donnée à l'auteur du crime, que lorsque cette assistance ou aide a eu lieu avec connaissance (*Cour de Cassation*, 10 octobre 1816).

VII. Il ne suffit pas d'avoir eu connaissance des actes constitutifs d'un délit, pour en être réputé complice; il faut y avoir participé de l'une des manières déterminées par l'art. 60 du Code pénal (*Cour de Cassation*, 27 mars 1846).

VIII. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait condamnation ou poursuites contre l'auteur; il suffit que le fait matériel du crime soit jugé et reconnu avec celui qui est accusé d'en avoir été le complice. (*Cour de Cassation*, 23 avril 1813).

IX. La déclaration de non culpabilité de l'auteur d'un crime ne saurait profiter au complice déclaré coupable, toutes les fois que la déclaration intervenue en faveur de l'auteur laisse subsister le fait matériel du crime principal (*Cour de Cassation*, 10 juillet 1851).

X. L'acquiescement de l'auteur d'un délit fondé sur l'absence de l'intention délictueuse ne fait pas obstacle à la condamnation du complice, lorsque la matérialité du fait punissable est établie (*Cour de Riom*, 15 juillet 1903).

XI. Les complices d'un crime peuvent être poursuivis quoique l'auteur ne soit pas connu (*Cour de Cassation*, 27 mai 1808).

XII. L'acquiescement d'un auteur *mineur*, comme ayant agi sans discernement, ne forme qu'une *exception personnelle* à l'auteur, et ne diminue en rien la culpabilité du complice (*Cour de Cassation*, 21 novembre 1839).

XIII. La prescription acquise à l'auteur doit bénéficier au complice. Par suite, lorsque l'action publique est prescrite à l'égard de l'auteur d'un vol, elle l'est également à l'égard du complice par *recel* (*Cour de Cassation*, 26 juin 1873).

XIV. La disposition de l'article 62 du Code pénal, conçue en termes généraux, est applicable non seulement à celui qui a reçu sciemment la *chose même* qui a été *volée*, mais encore à celui qui a reçu des objets *achetés avec le produit du vol*, pourvu qu'il suait que les fonds employés à ces achats vaient été frauduleusement soustraitis (*Cour de Cassation*, 9 mars 1900).

XV Est réputé complice par *recel* le créancier qui accepte, en paiement de ce qui lui est dû, des sommes qu'il sait provenir d'escroquerie ou de vol (*Cour de Cassation*, 16 décembre 1871).

XVI. La complicité par *recel* suppose la détention d'une chose *matérielle*. L'art. 62 du code pénal relatif à la complicité par *recel* ne s'applique pas à l'individu, qui sans savoir pris une part directe aux agissements délictueux, s'est porté adjudicataire du droit au bail d'un immeuble, alors même qu'il serait que d'ajudication à son profit avait été obtenue frauduleusement. La chose qui a fait l'objet de cette adjudication n'est pas qu'un droit *personnel*, ne pouvant être considéré comme ayant été recélé par lui dans les termes du dit article (*Tribunal de Pontoise*, 23 décembre 1903).

XVII. Il n'est pas nécessaire, pour que le *recel* tombe sous l'application de la loi, que le receleur ait connu dès le début la provenance délictueuse de l'objet. Il suffit qu'après avoir connu le vol il ait continué à retenir frauduleusement la chose volée (*Cour de Cassation*, 10 août 1878).

XVIII. Quando un crime ou un délit est commis en France, la compétence de la justice française pour connaître du fait principal s'étend nécessairement à tous les faits de complicité, même s'ils sont produits en pays étranger (*Cour de Cassation*, 7 septembre 1891).

XIX. Le *recel* d'objets n'est, dans le système de la foi française, qu'un mode particulier de complicité dans le vol, des lors, la juridiction française est compétente pour connaître, même à l'égard d'un étranger, de tous les faits de *recel* qui ont été constatés à sa charge en pays étranger et qui se rattachent à un vol commis en France (*Cour de Cassation*, 13 mars 1891).

## BELGA

XX. Celui qui a acheté un objet trouvé, sachant que l'inventeur avait des le principe le dessein de l'approprier, se rend complice par recélé (*Cour de Bruxelles*, 12 décembre 1845).

## ITALIANA

XXI. I medici coll'accettazione del mandato d'intervenire a un duello. per giudicare della continuazione o cessazione del combattimento e coll'effettiva assistenza prestata sul terreno non si rendono responsabili di complicità in duello (*Cort. App. Venezia*. 26 febb. 1891).

XXII. Il ratto e un reato successivo e quindi vi può essere complicità punibile anche nei fatti di prosecuzione dello stesso (*Corte app. Napoli*, 24 genn. 1891).

XXIII. La questione sulla complicità in omicidio é esattamente formulata quando si chiede : “L'accusato é egli colpevole di essere concorso alla uccisione di N. N. facilitandone l'esecuzione col prestare assistenza ed aiuto prima o durante il fatto a colui che uccesi N. N. ? (*Cas.* 23 genn. 1891).

### HESPANHOLA

XXIV. Es condición esencial para que haya complicidad que exista relación entre los hechos atribuidos al autor principal y los ejecutados por la persona à quien se califique de cómplice, y que además haya en los actos de éste intención de ayudar ó coadyuvar física ó moralmente á la comisión del delito (*Tribunal Supremo*, 9 avril 1886).

XXV. No puede calificarse de cómplices á los que, si bien concertaron el delito con los que realmente lo llevaron á cabo, no aprovecharan de sus efectos (*Tribunal Supremo*, 19 jun. 1880).

XXVI. E solo hecho de hallarse una persona presente á la ejecución de un delito no determina su complicidad (*Tribunal Supremo*, 25 jun. 1886, 21 nov. 1887).

XXVII. El hecho de haberse encontrado en casa del procesado efetos de los robados y de haber vendido algunos de ellos á tercera persona, determina el encubrimiento. (*Tribunal Supremo*, 27 jun. 1882).

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

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

§ 1.º Si a typographia, lithographia, ou jornal pertencer á entidade collectiva, sociedade ou companhia, os gerentes ou administradores serão solidariamente responsáveis para todos os effeitos legaes.

§ 2.º Serão tambem responsáveis :

- a) o vendedor ou distribuidor de impressos ou gravuras, quando não constar quem é o dono da typographia, lithographia ou jornal, ou fôr residente em paiz estrangeiro;

b) o vendedor ou distribuidor de escriptos não impressos, communicados a mais de 15 pessoas, si 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 cumplicidade, e a acção criminal respectiva poderá ser intentada contra qualquer dos responsaveis solidarios, a arbitrio do queixoso.

§ 1.º Quando a condemnação recahir no dono da typographia, lithographia ou jornal, ser-lhe-ha applicada sómente a pena pecuniaria elevada ao dobro.

§ 2.º No julgamento destes crimes os escriptos não serão interpretados por phrases isoladas, transpostas ou deslocadas.

**Decr. n. 4.743, de 31 de outubro de 1923**

**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 judicias, e residente no paiz, salvo tratando-se de representação 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 paiz, 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 facto provado e contestado.

2.º Em acto successivo, o juiz decidirá se o autor ou editor tem os requisitos legais 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. 14 — Os artigos publicados nas secções 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 logar, 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, paragrapho unico.

Art. 15 — Sempre que um dos responsaveis enumerados no art. 10 gozar immunidades ou de fôro especial, a parte offendida poderá promover accção contra o responsavel ou responsaveis que se lhe seguirem na ordem da responsabilidade successiva determinada no referido artigo.

167. — Emquanto o pensamento não se manifesta exteriormente, está fóra da acção fiscalisadora ou repressiva do poder publico.

Mas, por isso mesmo que o homem é um ente eminentemente social, e só no convivio com seus semelhantes pôde encontrar os elementos necessarios para conservar-se e desenvolver-se, tende naturalmente a revelar e trocar idéas e opiniões, pelo que tem necessi-

dade de liberdade para agir nesse commercio intellectual. Não pôde encontrar restricções ou empecilhos, desde que se contenha nos limites devidos.

E' principio firmado, como garantia salutar, desde as *Declarações de direitos*, de 1789, estabelecendo-se que “ninguem pôde ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem publica estabelecida pela lei”, e que “a comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem ; todo cidadão pôde, pois, fallar, escrever, imprimir livremente, salvo a responder pelo abuso desta liberdade nos casos determinados pela lei.”

Dahi porque as legislações têm procurado regulamentar o assumpto, traçando o circulo de efficiencia individual, os limites onde cessa a liberdade e começa a licença, e de certos factos abusivos da liberdade de comunicação de pensamento fazendo delictos determinados, quer o abuso se manifeste pela palavra fallada, quer pela palavra escripta, impressa ou não impressa.

Desses delictos, formando uma classe distincta, temos os chamados *delictos de imprensa*, quando o abuso se traduz pela imprensa, em qualquer de suas fórmãs principaes, isto é, o *livro*, escripto que se toma isoladamente, como todo completo e que não se reproduz senão quando o successo provoca novas edições, e a *imprensa periodica*, o jornal, nas suas fórmãs *politica* ou *literaria* ou *industrial*, publicação que se continúa e se segue com uma periodicidade determinada.

Procurou-se tambem cohibir os abusos da liberdade de imprensa pelos meios preventivos, como a caução, a licença, e especialmente pela *censura*, isto é, o poder conferindo á autoridade para corrigir e permittir a publicação do escripto.

Este systema, pricipalmente na ultima forma, adoptado em differentes paizes europeus, para impedir quaesquer censuras aos actos do poder publico, está banido hoje, attendendo-se a que, além de inefficaz, por isso que obriga a proceder por categorias de actos, visto a impossibilidade de determinar *a priori* em que casos precisos se pôde abusar da liberdade de imprensa, offerece o perigo de deixar ao governo a faculdade de regulamentar este ou aquelle direito, o que faria consultando só seus proprios interesses.

Como bem pondera SILVA MARQUES, para que a censura fosse admissivel seria necessario que os governos se mostrassem esclarecidos, justiceiros e previdentes, tivessem bastante criterio para não prohibir senão as publicações realmente perigosas.

Ora, os governos, que estão longe da infabilidade, não são imparciaes nem desinteressados, mas propensos a favorecer os escriptos que lhes são agradaveis, razão porque a censura nunca produziu os resultados que della esperavam os seus partidarios.”

Dessas medidas preventivas, a que tem sido mantida, para firmar a responsabilidade, é a referente á exigencia da declaração prévia do nome do dono da typographia, anno, logar, rua e casa onde tiver de estabelecer a officina, medida que o nosso codigo mantem (art. 283).

Sómente pelos meios repressivos se poderá cohibir, tanto quanto possivel, os abusos da liberdade de imprensa.

Em nosso direito, é isto até preceito de ordem constitucional, por isso que, reconhecendo e assegurando a liberdade de communição de pensamento, a Constituição Federal só admite contra seus abusos os meios coercitivos, estatuinto que :

“Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato (artigo 72 § 12)”.

168. — A principio foram tidos como sufficientes os principios do direito commum para determinar a responsabilidade dos differentes agentes que concorram na producção e publicação de um impresso punivel, e dahi porque segundo o systema chamado *inglez* ou da *responsabilidade solidaria*, vigorante na Inglaterra e na França até a lei de 29 de julho de 1891, os co-delinquentes devem ser punidos como autores e cúmplices, segundo a participação é principal ou accessoria.

Mas bem ponderado, não bastam os principios geraes para assegurar a repressão dos delictos de imprensa.

Effectivamente, as pessoas que cooperam para a producção e distribuição de um impresso são numerosas, a sua actividade passageira e podem subtrahir-se facilmente pelo anonymato a toda responsabilidade, accrescendo notar que quando conhecidas, a punição depende de prova do dolo, quasi impossivel nos delictos commettidos por meio da imprensa periodica, e dahi a impunidade. Depois, uma razão de ordem politica tem pesado muito no animo do legislador.

Adoptando-se tal systema, seria estabelecer por outra fórma a censura prévia ; os editores e impressores que compartilhassem com os autores a responsabilidade dos escriptos publicado pela imprensa não deixariam de constituir-se censores destes ultimos e de lhes recusar o concurso de sua industria, desde que temessem comprometter-se (JOSÉ HYGINO).

Um outro systema foi creado, visando sanar os defeitos do vigente, e foi o systema chamado da *responsabilidade successiva e exclusiva (responsabilité par cascades)*, tambem chamado *systema belga*, mas que com mais justiça podia ser chamado *systema brasileiro*, por isso que foi estabelecido entre nós pela lei de 20 de se-

tembro de 1830 e código criminal do mesmo anno, art. 7, ao passo que na Belgica começou de vigorar pela lei de 20 de julho de 1831.

Por este systema, e do accordo com o nosso anterior código, o *impressor*, o *editor*, o *autor* e o *distribuidor* são os unicos responsáveis pelos delictos de imprensa, mas só podem ser responsabilizados successivamente, na ordem estabelecida pela lei, excluindo a effectiva responsabilidade de um a dos outros.

Nos termos da constituição belga, quando o autor de um escripto incriminado é *conhecido* e *domiciliado* na Belgica, o editor, o impressor ou o distribuidor não podem ser processados, ainda mesmo que tenham prestado sciente e voluntariamente seu concurso ao autor do escripto que fere os direitos da sociedade ou dos particulares, tornando-se assim co-autores do crime que não se consumaria senão pela impressão e publicação do artigo offensivo. Dero-gando por esse modo o direito commum, o legislador teve por fim subtrahir o autor á censura do editor, do impressor e do distribuidor e assegurar assim aos cidadãos a liberdade de manifestar suas opiniões em qualquer materia, parecendo-lhe sufficiente, para prevenir os delictos de imprensa, punir o autor do escripto, como principal culpado. O privilegio aproceita a todos os agentes auxiliares, cada um podendo abrigar-se de toda responsabilidade fazendo conhecer aquelle ou aquelles que o precedem: o distribuidor, indicando quer o impressor, quer o editor, quer o autor do escripto; o impressor, designando o editor ou o autor; enfim o editor, nomeando o autor.

A repressão assenta, assim, em uma presumpção de voluntariedade por parte das pessoas interventoras na producção do escripto offensivo, uma dellas ficando afinal, por via de exclusão, unica responsavel, o que é contravir os principios fundamentaes da imputabilidade criminal, pois é converter uma assistencia, talvez culposa em participação de um crime doloso.

Impugnado por se afastar assim dos principios fundamentaes do direito penal, o systema não proporcionou meios seguros para a repressão, burlados sendo frequentemente os intuitos do legislador pela chicana. Collocando o nosso anterior código o *impressor* como primeiro, na serie dos responsáveis, duvidas se levantaram sobre saber quem se podia considerar como tal: se para uns, era aquelle que tem o trabalho manual de imprimir o livro ou o jornal, compondo ou fazendo a tiragem no prelo, para outros, era o dono ou proprietario da typographia ou officina, accepção esta ultima adoptada pelo código vigente, que assim poz termo á controversia. Para eximirem-se da responsabilidade, recorriam os culpados frequentemente á entidade mercenaria e repugnante do *testa de ferro* (*homens de palha*, dos francezes, *cabeça de páo*, dos italianos), desde então tristemente celebrisados nos annaes forenses.

Era tornar responsavel quem não concorria com a sua intelligencia, nem com a sua vontade para a producção do escripto offen-

sivo, anomalia, notava bem o cons. LIBERATO BARROSO, por isso que importava na inversão de todas as noções de justiça, não podendo, em consequencia, a punição nella baseada produzir os effectos moraes necessarios, isto é, a solemne reparação á sociedade e a correcção do individuo.

A consciencia publica não podia aceitar esse facto como uma condição de ordem social, e a consciencia do individuo como a reparação devida á sua honra ultrajada.”

Burlada a execução da lei, não só pelos artificios dos culpados, como tambem, em grande parte, pelo formalismo processual, nullificados os feitos por verdadeiros nugas, entrando nisso tambem a prevenção contra a accusação pela parte offendida, na queixa se vendo o resquicio da vindicta privada, a valvula por onde se expandir o odio, imperando, em consequencia, a impunidade, a imprensa periodica se tornou, como bem accentúa THOMAZ ALVES, “o pelourinho levantado na praça publica, onde são açoitados os mais distinctos caracteres.”

O direito de critica, a liberdade de apreciação degeneraram em licença, campeando, como ainda hoje se vê, os folicularios venaes, chantagistas cynicos, prompts em tisanar a reputação alheia, especialmente dos homens publicos, de todo aquelle que exerce uma parcella de autoridade publica.

Se aos espiritos superiores uma tal imprensa só merece desprezo, a repulsa que o nojo provoca, entretanto, na grande massa, os effectos perniciosos de sua acção malefica se fazem sentir accentuadamente, porque “a grande massa, nota muito bem VIVEIROS DE CASTRO, julga pela imprensa, tem sobre os factos e sobre os homens a opinião do jornal que lê.

Ao legislador de 1890 se deparava assim uma situação que cabia remover, tornando a repressão do abuso da liberdade de comunicar os pensamentos uma realidade.

Se o direito commum não resolvia a questão, attenta a feição particular que apresentam os delictos de imprensa; se o systema da responsabilidade successiva tambem era defficiente; se o systema mixto adoptado pela franceza de 29 de julho de 1881, no dizer de GARRAUD, é uma obra bastarda, cheia de apalpadellas e de contradicções, e, pois, inapto para modelo, o legislador tinha no systema allemão das *penas de negligencia*, especialmente na forma mais simples, adoptada pelo codigo hollandez, um paradigma seguro, por isso que, não se afastando dos principios reguladores da imputabilidade, proporciona meios efficazes de repressão.

Sua originalidade está em que, na ausencia de dolo, o que se pune no redactor, no impressor e distribuidor, não é mais um *acto de participação no delicto de imprensa*, e sim a violação do dever de vigilancia e fiscalisação que lhes incumbe. A sua negligencia constitue um *delicto distincto* daquelle que pôde commetter o autor,

e é punido com *penas espeziaes*. O occorendo, porém, dolo, ficam sujeitos ao direito commum, que forma a regra.

O nosso legislador adoptou, porém, um systema mixto, muito especial, cujas vantagens não se têm patentado na pratica.

169. — O codigo não define o que sejam *crimes de abuso da liberdade de comunicação do pensamento*, a que se refere no artigo 22, editando regras para a punição de seus agentes, que alli enumera, cabendo assim ao applicador da lei, com os subsidios da doutrina, destacar dos crimes qualificados os que possam entrar naquella categoria.

Consultando a parte especial, ahi não vemos crimes que possam ser denominados como taes senão os qualificados nos ars. 96, 126, 316, 319, 320 § 2.º, 342 a 350, modificados estes dois ultimos pela Lei n.º 496 de 1.º de agosto de 1898.

Com estes crimes não se confundem os que, podendo ter a imprensa por occasião ou por modo de expressão, não constituem crimes de imprensa, por isso que não envolvem a manifestação de um pensamento, de sorte que as justicas ordinarias, apreciando-os, não affectam a liberdade de pensamento, como os crimes de uso de falsa qualidade, de falso nome (art. 224, 338 n. 8).

Nor arts. 383 a 387, occupa-se o codigo, como complemento das disposições dos arts. 22 e 23, do que se chama *policia da imprensa*, ou na phrase de ZANARDELLI, *disciplina de policia administrativa*, que não affecta ou restringe a liberdade de comunicação de pensamento, mas regulamenta o uso da arte typographica visando impedir a imprensa clandestina, que procura especular á sombra da irresponsabilidade.

Como bem nota MACEDO SOARES, taes disposições são uma consequencia logica e natural do principio de responsabilidade estabelecida pela Constituição Federal, art. 72 § 12, como conseqüentario do livre exercicio da liberdade de imprensa.

Na pratica, porém, não têm passado de letra morta.

170. — No art. 22 estabelece o codigo que são responsaveis *solidariamente*, nos crimes de abuso da liberdade de comunicação do pensamento :

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

Como complemento, estabelece tambem que — se a typographia, lithographia ou jornal pertencer á entidade collectiva, sociedade ou companhia, os gerentes ou administradores serão solidariamente responsaveis para todos os efeitos legais (§ 1.º).

Trata-se aqui de co-réos no mesmo plano, mas a disposição constitue uma derogação do principio estabelecido no art. 25, de-

rogação que se procura explicar com a circumstancia de, pelo exercicio de suas funcções, dever mais directamente o gerente ou administrador estar ao par do que se imprime na officina, e assim prestam annuencia á publicação do artigo offensivo.

Para attenuar a severidade da equiparação do dono da typographia, lithographia ou jornal ao autor e ao editor na responsabilidade solidaria de co-autor, o codigo preceitúa que — quando a condemnação recahir naquelle, ser-lhe-á applicada sómente a pena pecuniaria elevada ao dobro.

Nota João VIEIRA que muito embora diga o art. 22 que a responsabilidade é *solidaria*, de facto a estabelece *alternativa* em relação aos diversos participantes, e *facultativa* em relação ao offendido que, em face do art. 23, póde escolher *um* delles, ficando os outros excluidos. Redargue-se, porém, que a solidariedade é *referente ao crime*, isto é, publicado o escripto offensivo todos os enumerados no art. 22 são considerados como tendo commettido o crime, norma adoptada para evitar a impunidade; no tocante, porém, ao chamado a juizo para responder criminalmente, não ha solidariedade ou co-responsaveis, um sómente é que deve ser accionado, não na ordem da enumeração, mas a arbitrio do queixoso, excluindo, então, a punição do preferido a dos outros. E' esta a intelligencia do texto, dimanada dos principios que regem a responsabilidade nos delictos de imprensa, e firmada pela jurisprudencia.

Com relação ao *autor* e ao *editor*, que é aquelle, por conta de quem corre a composição typographica, impressão e diffusão de qualquer publicação, o codigo não exige obrigação por escripto, nem assignatura ou residencia no Brazil, como fazia o anterior codigo, parecendo que julgou materia de lei processual. Julgados, porém, têm considerado ainda subsistentes aquellas condições (vid. n.º 175).

Não exige egualmente que o autor se achè no gozo dos direitos politicos. Se entendeu dispensavel este requisito, a dispensa, diz João VIEIRA, poderá dar em resultado que um *testa de ferro* se apresente como autor da publicação.

Estas lacunas, porém, estão sanadas pelo systema adoptado, que faculta ao offendido dirigir a acção penal contra qualquer dos responsaveis solidarios.

171. No § 2.º do art. 22, admite o codigo a *responsabilidade successiva* em dois casos.

E' assim que torna tambem responsavel o *vendedor* ou *distribuidor* de impressos ou gravuras, quando não constar quem é o dono da typographia, lithographia ou jornal, ou fôr residente em paiz estrangeiro. E' neste caso que o codigo faz referencia ao requisito da residencia por parte do autor.

Assim, não constando quem seja o autor, responsavel será o

editor, o dono da typographia, lithographia ou jornal e o vendedor ou distribuidor.

O outro caso de responsabilidade successiva, previsto na mesma disposição, se verifica nos crimes de abuso de liberdade de comunicação do pensamento por escriptos não impressos, hypothese em que não intervem, pela natureza dos escriptos, nem o impressor ou dono da typographia, lithographia ou jornal, nem o editor e em que é responsavel o *vendedor* ou *distribuidor* dos escriptos não impressos, communicados a mais de 15 pessoas, se não provar quem é o autor ou que a venda os distribuição se fez com o consentimento deste.

Por *vendedor* e *distribuidor* não se deve entender sómente o individuo que faz *profissão* de vender ou distribuir impressos.

E' todo e qualquer individuo que propondo-se a vender e distribuir impressos ou gravuras, effectivamente os vende e distribue. Tratando-se de estampa ou de pinturas, é bastante, para constituir a publicação criminosa, o facto de estarem publicamente expostas á venda.

Dahi segue-se que deve tambem ser considerado *vendedor* responsavel aquella que assim tem exposto á venda taes gravuras, muito embora não as tenha vendido a ninguem.

No caso de se acharem os manuscriptos assignados pelo autor, deve-se presumir o consentimento d'elle quanto ao facto da circulação, ficando-lhe porém, o direito de provar o contrario (BRAZ FLORENTINO DA CUNHA).

172. — Em relação ainda ao dispositivo do art. 22, uma questão se levanta, e é de saber se o requisito da comunicação do escripto a mais de 15 pessoas, exigido na letra *b*, do § 2.º, é tambem necessario no caso da letra *a*, onde d'elle não ha referencia.

Esta questão já 'era discutida perante o código anterior, em vista das disposições identicas do art. 7, §§ 4.º e 5.º.

THOMAZ ALVES entendia, e muito bem, que o caso devia ser elucidado recorrendo-se á parte especial, porquanto na disposição do art. 7, o legislador não teve em vista definir, crimes e sim de classificar quem fosse responsavel. Ora, na parte especial, como se pôde ver nos arts. 90, 99, 119, etc., vemos que a distribuição por 15 pessoas é o elemento constante do crime de abuso de liberdade de imprensa.

BRAZ FLORENTINO chegava á conclusão differente, mostrando que nem sempre tal elemento é necessario, á vista dos arts. 233 e 238, correspondentes aos arts. 316 e 319 do código vigente.

João VIEIRA opina pela necessidade do requisito, attendendo-se que "o legislador depois de haver repetido a exigencia do requisito em uns poucos artigos, a excepção induzindo criminalidade deveria ter sido expressa".

173. — No art. 23, princ., declara o código que *nestes crimes não se dá cumplicidade*. A dicção, que é reprodução do código anterior, é incorrecta, devendo ter dito antes — *nestes crimes não é punível a cumplicidade*, o que é coisa diversa.

A cumplicidade é perfeitamente admissível em taes crimes, mas conveniências de ordem utilitaria levam a não punil-a.

Como nota THOMAZ ALVES, punir a cumplicidade importa em sujeitar a publicação do artigo ao juizo de mais de um, e o medo da responsabilidade futura deveria trazer a desharmonia entre elles; era estabelecer indirectamente a censura, fazendo desaparecer a liberdade de imprensa assegurada pela Constituição.

E' de notar que o termo — *cumplicidade*, é tomado, como sempre faz o legislador, em accepção restricta, como participação accessoria, nada impedindo que dois ou mais individuos, collocados em um mesmo plano, como impressores, editores, autores, vendedores ou distribuidores, assumam uma responsabilidade collectiva, realisando-se assim a co-responsabilidade criminal pela pluralidade de delinquentes em um só dos planos da autoria gradativa. Mas não poderia, por exemplo, figurar um de *mandante* e outro de *mandatario*, pois que só este seria responsavel nas condições expostas, incorrendo, se tivesse paga ou promessa para commetter alguma calúnia ou injuria, além de outras penas, mais na do decuplo dos valores recebidos ou promettidos, na forma do art. 325 (JOÃO VIEIRA).

174. — No § 2.º do art. 23 preceitúa o código que — “no julgamento desses crimes os escriptos não serão interpretados por phrases isoladas, transpostas ou deslocadas”.

Este salutar preceito, diz THOMAZ ALVES, visa impedir o abuso e a malignidade de quem pretenda achar criminalidade em uma palavra destacada, e até mesmo a boa fé de muitos que seriam levados a uma convicção, tomando um só termo, differente daquella que teriam harmonisando o todo do escripto e interpretando-o segundo as regras de hermeneutica.”

O código anterior, no art. 8, em formula mais ampla, estabelecia que os escriptos e discursos, em que fossem commettidos os delictos de abuso de comunicação de pensamento, fossem interpretados segundo as regras da boa hermeneutica, e não por phrases isoladas e deslocadas.

Assim, deve-se recorrer ás regras, que a hermeneutica estabelece para interpretação das leis, afim de se apprehender o intuito do escripto tido como offensivo.

Deve ser este encarado em todo seu contexto, e não por phrases isoladas ou deslocadas, para emprestar-lhes um sentido que desapareceria ou não se justificaria no conjuncto da publicação.

E' o discurso, diz CHASSAN, é o artigo, a obra inteira, em seus detalhes, assim como em seu todo, que se deve apreciar e pôr diante dos olhos dos juizes.

Lembrando como mais importantes, THOMAZ ALVES aponta as seguintes regras de interpretação:

1.<sup>a</sup> As palavras devem ser tomadas no sentido mais natural, attendendo-se á occasião, logar, uso da época, etc.

2.<sup>a</sup> Que, tomadas as palavras em seu sentido natural, quem lhes der sentido contrário deve apresentar as provas de sua intelligencia.

Se o escripto fôr em lingua estrangeira, a punibilidade não deixa de se verificar, satisfeito o requisito da distribuição por mais de 15 pessoas que comprehendam a lingua em que se acha escripto.

Para o julgamento é necessario a traducção do autographo feita por traductor publico ou pessoa devidamente compromissada ou juramentada, servindo a traducção como corpo de delicto.

175. — Os dispositivos ora apreciados, excepção feita do artigo 23, § 2.º, foram revogados pela lei n. 4.743, de 31 de outubro de 1923.

Passou a vigorar o systema da responsabilidade successiva, e como agente do crime, commettido pela imprensa, satisfeitas as condições estabelecidas pela lei, se enumerando: o *autor*, o *editor*, o *dono* da officina ou estabelecimento e os *vendedores* ou *distribuidores*.

Tratando-se de imprensa periodica, o director ou redactor principal será considerado autor dos escriptos não assignados e tambem dos assignados por quem não esteja nas condições legais; o agente será considerado editor, e o proprietario do jornal equiparado ao dono da officina, se na realidade o não fôr (art. 10).

Quando a officina graphica ou organ 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 da lei, a responsabilidade que se lhe attribue (art. 12).

Se algum dos enumerados no art. 10 gozar immunidades ou de fôr 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 (art. 15).

Para a declaração da inidoneidade ou falta de necessarios meios pecuniarios, estabelece a lei um processo summarissimo, sem recurso. Consagra a lei o direito de resposta, que regula com minucias (arts. 16, 17, 18 e 19).

Como medidas policiaes, prescreve: 1º) a indicação no cabedalho de todo o diario ou periodico dos nomes do director ou redactor principal e do gerente que devem estar no gozo de seus direi-

tos civis e ter residencia no logsr onde fôr feita á publicação, bem como a indicação da séde da administração e do estabelecimento graphico, pena de apprehensão immediata dos exemplares pelas autoridades policiaes (art. 13); 2.º) a assignatura dos artigos publicados nas secções ineditoriaes, devidamente reconhecida, se nelles houver accusação ou injurias, embora vagas e sem declinação de nomes (art. 18); 3.º) a regulamentação da matricula, a que se refere o art. 333 do Codigo Penal (art. 20).

Não ha negar que innovações uteis trouxe a lei, protegendo melhor, ou mais efficientemente bens juridicos de tanta magnitude como a honra e boa fama.

### 176. — Jurisprudencia brasileira.

I. — O dispositivo do art. 10 da Lei n. 4.743, de 31 de outubro de 1923, firmando a responsabilidade successiva, veiu pôr termo á controversia sobre a constitucionalidade do art. 22 do Codigo Penal e ao mesmo tempo garantir ao offendido a reparação mais completa com a punição do verdadeiro responsavel. Instituindo a prova de idoneidade entre varios responsaveis de uma publicação ultrajante e, fazendo recahir a acção penal no mais idoneo, quiz a lei evitar que a inconsciencia e a venalidade fossem aproveitadas pelos inescrupulosos para fugir á responsabilidade legal. Não ha cerceamento de defeza no facto de autorisar a lei o proseguimento do processo suspenso por haver sido renovada a arguição diffamatoria. Tão respeitaveis são os direitos de defeza dos indiciados como os que asseguram aos offendidos a reparação dos attentados contra a sua honra e dignidade. Seria incurial que, por manobras dos aggressores, paralizada a acção repressiva, a lei permittisse, sem nenhuma providencia, na continuação do crime, cuja responsabilidade está entregue á apreciação e julgamento do Poder Judiciario. Si o vilipendiador tivesse semelhante poder, combalidos estariam os alicerces moraes da sociedade. — Não é nullo o processo por ter sido iniciado por queixa privada. A competencia dada ao Ministerio Publico para promover o processo, quando o offendido for funcionario publico, não exclue o direito deste de promovelo directamente por queixa. Em nosso systema processual, sempre foi reconhecido ao offendido, mesmo nos crimes que mais interessam á sociedade e ao Estado, o direito de querelar; e não ha razão de ordem juridica, nem de conveniencia publica, para supprimalo ou alteralo, justamente nos casos mais personalissimos, como são, sem contestação, os em que estão em jogo a honra e a dignidade individuaes. Para afastar toda a duvida sobre o direito de queixa da parte, basta reparar no § unico do art. 22, em que se faz remissão dos artigos 407 e 408 do Cod. Penal. — Por equal improcede a nullidade arguida de ter sido indeferido o pedido fundado no facto de não terem

sido fornecidas as certidões requeridas ás repartições publicas. No caso regulado pela art. 26 do decr. n. 4.743, o Juiz do processo não age automaticamente, isto é, não está obrigado a deferir o pedido de suspensão sem examinal-o.

Si fôr negada a faculdade ao Juiz de verificar a pertinencia das certidões, dar-se-á á lei uma interpretação absurda por contraria aos seus fins. E' fóra de duvida que o decr. n. 4.743 modificando a lei commum com o alargamento dos meios de defeza, outr'ora só permittidos no triduo seguinte ao interrogatorio e produzidos em Juizo outro que não o do processo, visou, entretanto, a celeridade do processo, estabelecendo prazos curtos e improrogaveis e, tomando providencias coercivas contra abusos decorrentes da demora do julgamento. Esse fim seria, naturalmente desnaturado si se entregasse nas mãos do transgressor a sorte do processo, dando-lhe o poder illimitado de obstar o seu andamento com a simples allegação de recusa por certidões impertinentes e protelatorias. Esse meio de defeza com a amplitude e o absoluto que lhe dá o appellante, conduziria á impunidade os diffamadores dos funcçionarios publicos, pois bastaria que, certos da falsidade da imputação, multiplicassem os pedidos de certidões por todas as repartições do paiz e sobre todos os assumptos administrativos (*Accord. do Supremo Trib. Fed.*, de 12 de abril de 1924).

II. — Nos crimes de abuso de manifestação de pensamento pela imprensa, egual é a cooperação do autor da publicação criminosa, do editor que o divulga e do proprietario que fornece os meios de execução. Creando a lei a responsabilidade successiva dos cooperadores dos crimes, não attenta contra dispositivos constitucionaes, pois o art. 72, § 12 da Const. Fed. confere á lei ordinaria o poder de estabelecer o forma e o modo por que deve ser elle punido. A forma dada pela Lei n. 4.743, veiu pôr termo á contrroversia fortemente travada sobre a constitucionalidade da disposição do Cod. 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 regimen do Codigo Criminal do Imperio (*Accord. do Sup. Trib. Fed.*, de 24 de maio de 1924).

III. — Para instrução dos processos regulados pela lei de imprensa, serão dadas sem demora as certidões, requeridas pelo querelado, para fundamentar a arguição por cuja causa seja chamado a juizo, ou pelo offendido para provar a falsidade dessa mesma arguição, e uma vez recusadas taes certidões, será suspenso o andamento do processo até que sejam ellas apresentadas (*Accord. do Sup. Tri. Fed.*, de 24 de setembro de 1924).

IV. — Sómente tem applicação o art. 3.º da lei de imprensa quando a offensa irrogada ao Presidente da Republica não revestir os caracteres da injuria (*Accord. do Sup. Tri. Fed.*, de 15 de abril de 1925).

V. — A curadoria do revel, instituida pela lei de imprensa, é feita no interesse da sociedade e assim o curador exerce uma função judicial, gozando, portanto, dos privilegios e regalias do M. P. a que fica equiparado. O curador não é, pois, obrigado a fazer o preparo dos autos para o julgamento dos recursos, por elle interpostos em defeza de seu curatelado (*Accord. do Sup. Trib. Federal*, de 27 de maio de 1925).

VI. — Proyada a qualidade de redactor principal do jornal é irrecusavel a responsabilidade do querellado pela publicação criminosa, pois sendo solidaria a responsabilidade editada no artigo 10 § unico decr. n. 4.743 de 1923, do director e do redactor principal, o offendido tem opção para mover o processo contra qualquer delles (*Accord. do S. T. Fed.*, de 14 de outubro de 1928).

VII. — Não ha nenhuma lei que determine que, nos crimes de imprensa, a denuncia deva ser articulada pelo facto de desempenhar as funções de verdadeiro libello, nem tampouco que a requisição do funcionario offendido, invocando e legitimando a intervenção do M. P. no processo, deva conter os requisitos exigidos para a queixa ou denuncia (*Accord. do S. Trib. Fed.*, de 9 de junho de 1930).

VIII. — Admittindo o art. 22 e seu paragrapho ter formas de provocação ao M. P. pelas pessoas investidas de funções publicas e ali enumeradas, têm essas formas que vir investidas de caracter juridico. São ellas a *requisição*, no caso de autoridades estrangeiras, a de officio ou *determinação*, no caso de Presidente da Republica, e de representação no caso de qualquer outra autoridade publica ou qualquer agente ou depositario desta autoridade. Nessa ultima hypothese, o offendido, por si ou por seu bastante procurador, tem que representar directamente ao M. P. competente para que este mova a acção, não podendo ser supprida essa representação. A falta della determina a annullação do processo *ab initio* (*Accórdam da 1.ª Camara da Côte de Appellação*, de 29 de abril de 1930).

IX. — A exhibição do autographo não constitue corpo de delicto nem é peça indispensavel nos delictos de imprensa. Não é de annullar a sentença. muito menos o processo, por se ter naquella.

applicado pena arbitraria ou excessiva ao réu, mas reformal-a nessa parte, para restabelecer ou applicar a pena legal. As expressões: *imprensa periodica* e *jornal*, em face da lei de imprensa, são synonymas (*Acc. do Sup. T. de Just. do Paraná*, de 13 de novembro de 1925).

X. — O art. 10 do decr. n. 4.743, de 31 de outubro de 1923 estabeleceu a ordem successiva da responsabilidade pela publicidade de escriptos. A reproducção de um artigo sem o consentimento expresso do seu autor não determina a responsabilidade deste por tal publicação. Outrem que não o autor do artigo não pôde autorisar a sua reproducção assumindo a responsabilidade da publicação do artigo alheio. Não sendo a reproducção autorisada pelo autor do artigo é o redactor ou director do periodico por elle responsavel. A imposição da multa a que se refere o art. 14 da lei de imprensa só se verifica mediante processo por mais summario que seja (*Acc. do Sup. T. de Just. do Paraná*, de 17 de novembro de 1925).

XI. — Legitima e constitucional é a intervenção do M. P. para intentar a acção por crime de injurias impressas mediante solitação do Presidente do Estado, por intermedio do seu secretario geral, quanto ás offensas relativamente áquelle, como legitima e constitucional é a mesma intervenção quando solicitada pelo Presidente do Congresso Legislativo do Estado quanto ás offensas a esta corporação politica. A junção dos exemplares dos jornaes em que vêm incertos os escriptos reputados injuriosos é sufficiente para por elles se verificar o logar e data do crime. O fôro competente para o processo por crime de injurias ou calumnias impressas é o do logar do delicto, isto é, o do logar em que é divulgado o escripto injurioso (*Acc. do S. Trib de Justi. do Paraná*, de 4 de dezembro de 1925).

XII. — Sómente no logar onde foi impresso e distribuido o periodico contendo artigos reputados calumniosos pôde ser apurada a responsabilidade criminal dos seus autores e não naquelle em que apenas se fez a distribuição (*JORGE SEVERIANO*, Cod. Pen., pag. 476). A doutrina e a jurisprudencia têm sempre uniformemente reconhecido que o fôro competente para o processo do crime commettido por meio de publicação em jornaes é o do local da circumscripção em que esses jornaes são publicados (*SOLIDONIO LEITE*, Comm. á lei de imprensa, pag. 244, n. 386). *SEABRA J. Del. de imprensa*, pag. 224, (*Acc. do Trib. da Rel. de Minas Geraes*, de 3 de julho de 1927).

## **TITULO III**

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



### TITULO III

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

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

177. — Esta disposição é um complemento do art. 7, porquanto vem mostrar em que deve consistir a violação *culposa*, um dos elementos da definição do crime alli contida.

Assim, para constituir crime a acção ou omissão, além de *imputavel*, isto é, de ser attribuível a alguém como sua causa eficiente moral, deve ser *culposa*, isto é denotar falta mais ou menos grave do dever por parte do agente (n.º 79), gravidade essa que o art. 24 distingue em duas modalidades.

De um lado, como regra, a acção ou omissão commettida com *intenção criminosa*, isto é, com conhecimento do, mal e vontade de o praticar, ou o *dolo*, segundo a doutrina dominante, e de outro lado, como excepção, a acção ou omissão commettida sem previsão de seus effeitos nocivos, ou a *culpa*, sensu strictu, que o texto distingue nas formas da *negligencia*, *imprudencia* ou *impericia*.

A culpabilidade presuppõe, assim, necessariamente o conhecimento ou, pelo menos, a possibilidade do conhecimento da importancia da acção sob o ponto de vista causal, dos effeitos que della se seguem. Assim para ser considerado culpado, o agente deve ter previsto e querido, ou se não previu, podia e devia prever que do seu acto seguir-se-ia o evento delictuoso.

Não se verificando nenhuma dessas hypotheses, nada ha a punir, porquanto a punição que se pretendesse impôr, nota JOSÉ HYGINO, não seria mais do que um simples movimento reflexo do Estado, uma reacção inutil e destituida de todo principio de justiça e moralidade.

Dahi o postulado do direito penal — *não ha crime sem culpa*, postulado em que se condensa toda a lenta evolução deste ramo do direito. As restricções a este principio fundamental que porventura se encontrem ainda nos codigos ou nos livros de doutrina são apenas vestigios das épocas de barbaria em que se punia casos fortuitos ou fataes para aplacar as iras celestes.

O nosso anterior codigo de 1830 continha tambem uma disposição geral sobre a culpabilidade, como elemento essencial do crime, si bem, que a reduzisse ao dolo, estatuinto “não haver criminoso ou delinquente sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar art. 3).

Não obstante esta formula, punia, tambem a culpa, sensu stricto em varias de suas disposições.

Muitos codigos, porém, não consagram definições da culpa como os nossos, procedendo por via de exclusão, isto é, enumerando as causas que derimem a criminalidade.

O systema dos nossos codigos é sem duvida perferivel, visto offerecer um criterio a applicar sempre que a figura delictuosa não contiver referencia ao elemento psychico, evitando-se dest'arte as incertezas e duvidas que traz o systema contrario.

178. — O principio firmado no art. 24 não tem, porém a latitude que devêra possuir, e que parece defluir de seus termos.

Primeiramente não é applicavel ás contravenções, por isso que, como já mostramos (ns. 23, 24 e 81), o elemento psychico destas infracções assenta tão sómente na *voluntariedade*, isto é, que a acção ou omissão deve ser apenas isenta de coacção mechanica ou psychophysica.

Não se tem que indagar, pois, se o contraventor se houve dolosa ou culposamente: a infracção se integra quando ao elemento material, á acção ou á omissão, accrescer o psychico da simples *voluntariedade*.

Outra limitação se encontra ainda ao principio do art. 24, e os dá quando se attribue ao agente effeitos e consequencias, que podiam não ter entrado em sua previsão, pois a lei, em sua letra, só tem em vista o factio material, a relação de causalidade entre o acto e o resultado.

E' applicação do velho principio — *causa causantis est causa causati*, que importa na confusão da casualidade e culpabilidade. Taes os casos dos arts. 146, 148 § unico, 149 §§ 2.º e 3.º, 151 § unico, 157 § 1.º, 158 § unico, 160 §§ 1.º e 2.º, 300 § 1.º, 304 e § unico.

179. — Manifestando-se como *intenção criminosa*, ou como *culpa*, sensu stricto, a culpabilidade, como forma da imputabilidade,

requer como elemento essencial a *liberdade interna*, ou a *vontade livre*.

Discriminando as condições da imputabilidade criminal, o que aponta como sendo a *liberdade* do agente, a *razão moral* ou o conhecimento do justo ou do injusto da acção, e a *culpabilidade* ou falta mais ou menos grave do agente a seu dever, diz ORTOLAN, um dos expoentes do eclectismo francez, referindo-se á primeira daquellas condições: “Imputar uma acção a um homem para leval-a a sua conta, é affirmar que elle foi sua causa productora, sua causa efficiente, do contrario a outrem é que deve ser attribuida; ora, toda a força, animada ou inanimada, que não é livre e obedece irresistivelmente ao impulso que recebe de outra força, não póde ser considerada causa efficiente ou primaria, pelo que a primeira condição da imputabilidade é a liberdade do agente, isto é, determinação pelo poder autonomo da propria vontade”.

A imputabilidade, ou a culpabilidade, como sua forma, assenta, pois, no indeterminismo.

O indeterminismo apresenta-se sob duas formas.

O indeterminismo absoluto, ou *liberum arbitrium indifferentie*, dos cartesianos, que é a liberdade de querer, independentemente de todas as condições internas e externas, tendo o seu unico fundamento no poder da vontade.

A historia, a estatistica, todo o conjuncto da vida social mostra que não tem realidade semelhante poder, por isso que contrapõe-se a regularidade observada nos phenomenos sociaes.

A outra forma, seguida pelos criminalistas classicos, mais mitigada e coherente, é a do indeterminismo relativo ou *livre arbitrio*, que sustenta que a vontade se determina a si mesma, em vista dos motivos, seguindo um de preferencia a outro, sem sujeição, porém, ao motivo mais forte.

E’ um poder autonomico, um *ens a se*, uma força que se desenvolve fóra de todo nexu causal, do condicionamento phenomenico.

BIRKMEYER nol-o descreve, dizendo que “a actividade oriunda da livre vontade não soffre causa, da qual ella mesma proceda, mas soffre condições, sem cuja existencia ella não se produziria...”

Essas condições são sempre produzidas em nós por outras forças, e tambem podem sel-o por outros homens (instigação). Em causas da vontade, isto é, em motivos, ellas só se podem converter por nós mesmos, pela propria força da nossa vontade.

Só a vontade póde ser causa de si mesma”.

Como prova *directa* do livre arbitrio, invocam seus partidarios o testemunho da consciencia que nos attesta a existencia do poder de eleição dos motivos, o acto como emanado deste poder, a responsabilidade deste acto, triplice testemunho que evidencia a liberdade, irrecusavel como é a certeza da consciencia.

Como provas *indirectas*, fundadas sobre o principio da razão

sufficiante, invocam a crença universal na liberdade, todas as noções da ordem moral, notadamente as noções do *dever*, da *responsabilidade*, da *justiça*, que postulam a liberdade sem a qual não têm razão de ser, por inexplicaveis e impraticaveis.

A observação quotidiana nos mostra, argumentam, que tradicional e arraigada é a associação que, nas massas populares, se faz da idéa da justiça distributiva, da retribuição do mal pelo mal, com a idéa da liberdade.

O agente é punido porque quiz livremente o delicto e devia abster-se d'elle, porque estava em seu poder não o querer.

Em consequencia cessa o poder repressivo, se verificado fôr que não agiu livremente, cedendo antes a impulso contra o qual não poude reagir, á coacção ou força irresistivel.

Em taes casos, admissivel é sómente o emprego de medidas administrativas, como a internação em hospícios, para segurança do publico e precaução, se se tratar de um alienado perigoso, propenso a actos de violencia ou de immoralidade.

Se houver apenas suppressão parcial da liberdade, a responsabilidade será attenuada na mesma proporção.

Tal é a doutrina ethico-individual da escola classica, inspiradora da quasi totalidade dos codigos penaes vigentes, inclusive os nossos, á qual se contrapõe a doutrina juridico-social da escola positiva, que com apoio na these determinista, e, pois, em subsidios tomadas ás sciencias naturaes, especialmente á physiologia, á psychologia experimental, á psycho-pathologia, sustenta que a vontade, como os demais phenomenos, é sujeita á lei da causalidade, á influencias naturaes de ordem não só moral e psychologica, como também physica, pelo que não é livre, mais determinada por todos esses factores, o mais forte predominando na sua directriz.

A fórmula, que adopta, tomada a HOBBS, é: *libertas non est volendi, sed quæ volumus faciendi*, não temos a liberdade de querer, mas temos a liberdade de fazer o que queremos. Assim, negado o livre arbitrio, e como isto a responsabilidade moral, a imputabilidade penal assenta no facto da convivencia social. O homem é imputavel, diz FERRI, e por isso responsavel, porque vive em sociedade.

Provado que determinado individuo é autor de uma acção delictuosa por tel-a executado ou determinado outrem a executal-a, a reacção social, pela pena, se fará tendo em vista o gráo de inocuidade ou temibilidade por elle revelada, segundo sua categoria anthropologica e os motivos sociaes ou anti-sociaes que o levaram a delinquir.

180. — Dada a divergencia accentuada das duas doutrinas classica e positiva, cada com apoio em dados de relevancia, assentar a imputabilidade em elemento cuja existencia é ao mesmo tempo sustentada e impugnada fortemente, é dar á legislação penal base

precária, além de levar a abusos perigosos pelo fraccionamento das penas que a idéa de liberdade parcial necessariamente implica.

Dahi porque, no terreno dos principios, doutrinas intermedias surgiram, umas procurando melhor adaptar, reduzindo, os criterios classicos da intelligencia e da vontade livre (*liberdade limitada, liberdade ideal, liberdade pelo motivo de contradicção, liberdade pelo facto pessoal*); outras prescindindo daquelles criterios, adoptando pontos de vista diversos (*liberdade de intelligencia, voluntariedade, intimidabilidade, identidade pessoal e semilhança social, normalidade*).

Destas ultimas, foi a da voluntariedade que inspirou a redacção dos arts. 45 e 46 do codigo italiano, desenvolvida longamente por VILLA no relatorio á Camara dos Deputados. Praticamente uma approximação vae-se operando entre classicos e positivistas, reconhecendo-se que o crime pôde advir de predisposições, que uma influencia favoravel do meio pôde neutralisar; que a pena deve ser individualisada, não segundo o grão de liberdade do delinquente, mas segundo sua natureza e grão de inocuidade (penas de *intimidação* para os delinquentes momentaneos, penas de *reforma* para os corrigiveis, penas de *segurança* e de *eliminação* para os delinquentes de estado e incorrigiveis); que os delinquentes alienados devem ser encerrados em *asylos* ou manicomios.

O nosso codigo, que em diversos pontos se inspirou no codigo italiano, não o fez no ponto em questão, mantendo o criterio classico. Se não contém, como o codigo portuguez, art. 26, a clausula — *que sómente podem ser criminosos os individuos que têm a necessaria intelligencia e liberdade* —, é certo, porém, que tem como presupposto da imputabilidade o livre arbitrio, o que se infere dos dispositivios da parte geral.

Effectivamente, se nos arts. 7 e 24 o legislador parece ter definido simplesmente o delinquente que age dolosamente, já no artigo 27, § 5.º, consignou de modo vago o conceito da força *irresistivel*, que representa a contra-parte da doutrina do livre arbitrio, e no art. 42, § 1.º, considerou attenuante a circumstancia do menos plenc conhecimento do mal e indirecta intenção de o praticar, além de contemplar no mesmo artigo circumstancias attenuantes muito genericas e indefinidas, cujo conteúdo, por assim dizer amorfo, facilita a metaphysica aproveitar-se de sua materia a favor sempre dos accusados, por exemplo, a do § 9.º (JOÃO VIEIRA).

Mas adoptando o livre arbitrio como presupposto da imputabilidade, o legislador não podia consideral-o apenas no ponto de vista theorico, alheio ás injunções, ás contingencias da vida real, da vida em sociedade, das necessidades organicas e psychicas que compellem o individuo, de sorte que praticamente só podia tomar a liberdade como relativo poder de querer.

Effectivamente, vio no individuo um elemento livre, no poder

de querer e de escolher entre os motivos que sollicitam a vontade, e um elemento necessario, resultante do temperamento, do character, da actuação das influencias mesologicas e sociaes.

Dahi porque admittiu a imputabilidade e responsabilidade, pre-suppondo o livre arbitrio, no individuo *mentalmente são e mentalmente desenvolvido*, o que se infere, a contrario sensu, do disposto no art. 27.

Sómente dadas essas condições, é que o individuo pôde discernir ou distinguir, isto é, ter a possibilidade de conhecer a natureza, as condições e as consequencias de seu acto, attendendo o gráo de experiência, o desenvolvimento intellectual e a educação que tenha conseguido (*libertas judicii*); só dadas essas condições, é que pôde escolher entre a execução ou não execução de um acto, associando idéas, aquilatando devidamente dos motivos (*libertas consilii*).

Dahi porque levou ainda em conta, na determinação da responsabilidade, a influencia de circumstancias que cataloga taxativamente como aggravantes ou attenuantes.

Tal o ponto de vista em que se collocou o legislador.

## Dolo

181. — Appreciemos agora mais detidamente cada uma das modalidades da culpabilidade, isto é, a intenção criminosa e a culpa.

Se etymologicamente a *intenção* é a direcção da vontade para um fim (*tendere in*), em materia penal, consoante a doutrina dominante, é a direcção da vontade para a acção incriminada. O agente, pois, que age consciente da immoralidade da acção que pratica ou das consequencias que della podem advir, e quer, entretanto, commettel-a, diz-se ter agido com intenção criminosa ou com dolo.

A identificação assim feita do dolo e da intenção criminosa vem da primitiva doutrina imperante no direito romano, onde ao criterio juridico se ajuntava o criterio moral para caracterisar o elemento intencional do crime, então consistente na intenção perversa, no proposito máo.

Ao *dolus bonus*, que consistia em estratagemas licitos, usados na guerra contra inimigos ou malfeitores (ULPIANO, Dig. 4, 3, 1, § 3), se antepunha o *dolus malus*, que LABEÃO definia: "*dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam, machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam.*" E' seguindo essa orientação que vemos diversos praticos e juristas antigos conceituando o dolo como "*excogitatum delinquendi propositum conscientie malignitate suffusum* (RENAZZI), como consciencia da "*turpitudinem actionis* (CREMANI), como *intenção perversa* e sua execução (CARMIGNANI), etc.

Filiam-se á mesma orientação o codigo austriaco (arts. 1 e 47) que faz consistir o elemento psychico do crime na vontade má ou

anti-jurídica (*böser Vorsatz*), na malvadeza do autor (*Bosheit des Thaters*); o código de Berna, art. 27, que exige a *intention criminelle*, os nossos, de 1830 e vigente.

Conceituando o dolo, o nosso anterior código de 1830, fazia consistir-o na “má fé, isto é, no conhecimento do mal e intenção de o praticar (art. 3), conceito mantido pelo vigente código (arts. 24 e 42, § 1.º).

Entram, pois, a constituir o dolo, no conceito legal, o elemento ético ou moral, isto é, a má fé, o conhecimento do mal, e o elemento jurídico, a direcção da vontade para o resultado criminoso.

Temos assim no dolo, além da má fé, a voluntariedade compreendendo não só o acto como as consequências, isto é, querido deve ser todo o conteúdo do delicto e das suas circumstancias; por outra, a voluntariedade deve abranger todos os elementos constitutivos descriptos pela lei na qualificação do delicto.

Em determinados casos, porém, como já vimos (n. 178), prescinde-se da voluntariedade para levar á conta do agente os efeitos de seu acto, desvio injustificável do principio que sem culpa não ha crime.

182.— Mas a identificação do dolo com a intenção ou com a vontade não encontra apoio na moderna psychologia criminal.

Nessa assimilação, resultante da falta de clareza da idéa de vontade, ha erro essencial, fonte de todas as duvidas e incertezas que, com prejuizo para a administração da justiça, tem reinado secularmente.

O character do dolo, nota JOSÉ HYGINO, não é a intenção.

Intenção é o designio pelo qual se tende a um fim.

Ora, o dolo só toma a fôrma da intenção quando o delinquente tem por fim produzir o evento delictuoso, quando este é o seu motivo e o seu escopo. E', na verdade, a fôrma typica do dolo, mas não é a unica.

A acção delictuosa pôde ter efeitos que vão além dos fins do delinquente; esses efeitos, se elle os previo e agiu, não *para isso*, e sim *apezar disso*, estão, sem duvida, compreendidos no seu dolo, mas não na sua intenção.

O que desafia outrem para um duello bem sabe que a propria morte pôde ser a consequencia do combate; elle a prevê, mas não é essa a sua intenção.

A meretriz que, apesar de saber que está atacada de syphilis, não recusa os seus favores, bem sabe que pôde causar a outrem um damno á saúde; mas tal não é a sua intenção, e sim haver o lucro.

E', pois, a definição do dolo como intenção criminosa mais estreita do que o definido.

Para remediar a estreiteza do conceito, foi necessario alargal-o, dando-se á palavra intenção um sentido improprio.

Concebeu-se a *intenção indirecta* para comprehender os efeitos remotos ou mediatos do acto delictuoso, e com isto introduziu-se no direito penal um tropo perigoso que tendia a obscurecer a differença entre o dolo e a culpa.

A primeira fôrma desta doutrina foi a que teve grande voga entre os antigos criminalistas, principalmente no seculo passado, com o nome de *dolus indirectus*.

O delinquente que causa um mal maior do que o tencionado, ou diverso do tencionado, *indirectamente o quer* e responde por todas as consequencias do seu acto.

Nisto vae uma *presumpção de culpa*, como se vê dos arts. 41 e 44 do antigo codigo bavaro, que são a mais pura expressão do *dolus indirectus*.

FEURBACH impugnou o *dolus indirectus* como uma concepção inteiramente erronea e procurou substituil-o por uma nova especie de culpa — a *culpa dolo determinata*, theoria tambem falsa, porque não pôde haver grãos intermediarios entre o dolo e a culpa.

Comquanto presentemente nenhum criminalista professe a doutrina do *dolus indirectus*, certo é que a confusão do dolo com a intenção não tem podido dispensar a intenção indirecta para explicar-se o dolo eventual.

Não se attendeu para o absurdo de considerarem-se como *tencionados* factos que estão fóra dos fins e dos desejos do delinquente. Toda a intenção não é directa ?”

Não é exacto tambem, mostram LISZT e outros fautores da *theoria da representação*, que o dolo se identifique com a simples vontade. No sentido preciso, a *vontade* ou *querer* é o phenomeno da consciencia pelo qual estabelecemos as causas, e que externamente se traduz pelo movimento muscular ou corporeo ou a enervação. Dest’arte o conteúdo da vontade, ou o que pôde ser *querido* é sómente o movimento corporeo ou a enervação; as consequencias do acto (damno ou perigo) e as outras circumstancias necessarias para fazer da acção uma acção penalmente illicita, não podem ser queridas, mas só conhecidas, previstas, intencionadas.

Não podemos, pois, identificar a vontade com o dolo, por isso que não alcança ella as consequencias do acto, as mudanças operadas no mundo externo.

O dolo, considerado no seu momento estatico, assenta na representação das circumstancias de facto necessarias para constituir uma determinada figura delictuosa; no seu aspecto dynamicc, quando adquire seu valor juridico, considera-se a sua efficiencia, nas relações com o *acto de vontade*, que é base da infracção do preceito penal.

Neste aspecto, a representação, em que psychologicamente consiste a essencia, o conteúdo do dolo, tem relevancia juridico-penal, emquanto se constitue *causa* do acto de vontade e logo da acção

(*dolo directo*), ou emquanto não se constitue *causa* que demova o agente do acto voluntario cuja manifestação elle conhece como aquella que certamente ou provavelmente realisarà a situação de facto que é contraria ao preceito penal (*dolo indeterminado, alternativo ou eventual*). Relacionado assim o dolo com o acto voluntario, qualifica a acção decorrente, tornando-a dolosa, mantendo, entretanto, autonoma a propria essencia, isto é, como momento psychologico representativo, sem transformal-a na essencia da vontade sobre a qual operou (LISZT, FRANK, VANNINI).

Não ha, pois, como identificar o dolo com a intenção, que é o fim ou motivo, o estado psychico que precede e determina o acto voluntario, consistindo o dolo na representação deste e mudanças externas, nem tão pouco identificar o dolo com a vontade ou acto voluntario, phenomeno da consciencia pelo qual se estabelece uma causa, ligado ao physiologico da enervação.

A theoria da representação evita assim toda a dubiedade e equivoco na linguagem, introduzindo a clareza e a precisão em assumpto de tanta magnitude.

Comprehende-se que o nosso anterior codigo de 1830 cedesse á influencia do direito romano, caracterisando, como vimos, o dolo como intenção criminosa, por isso que não encontrava na psychologia criminal, então em phase rudimentar, os necessarios ensinamentos; na mesma situação, porém, não se achava o legislador em 1890, constituida como se achava aquella sciencia, e perfeitamente estudado o elemento interno do delicto.

Não ha, pois, como desculpal-o em manter a rotina, olvidando os ensinamentos scientificos, especialmente em assumpto que prima em direito penal.

Procederia avisadamente, uma vez que entendesse não dar acolhida á nova concepção, que evitasse enunciação que a repellisse, assim campo deixando á administração da justiça para manifestar-se a respeito.

183. — Identificando o dolo com a intenção e com a vontade, deixando a intenção de ter a sua significação propria, de *motivo* ou *fim*, de causa propulsora do acto voluntario, para denotar a vontade emquanto se dirige para o effeito immediato da acção criminosa, para o evento punivel, a *theoria da vontade* faz no dolo diversas distincções, que cumpre ter em vista para aquilatar devidamente da culpabilidade do agente. Se considerado abstracta e isoladamente, diz ALIMENA, o momento da volição não é susceptivel de grãos, porque ou se quer, ou não se quer, entretanto considerados os phenomenos intellectivos que o têm precedido, é certissimo haver um cumulo de emoções, de idéas, de condições diversas, que influem mais ou menos sobre o caracter, que do seu lado tem maior probabilidade de dominar, de vencer as primeiras impressões e incli-

nar-se para o lado justo, quando é maior o intervallo que separa a determinação da acção.”

Não reina, porém, harmonia entre os tratadistas, sectarios da mesma theoria da vontade, no conceituar as especies ou modalidades do dolo.

Attendo-nos áquelles de maior autoridade, cuja doutrina tem tido acceitação pela jurisprudencia, vamos rememorar as principaes distincções do dolo, considerando-o em relação á *força* ou *energia* e ao *momento* da determinação e á *natureza* do mal determinado.

184. — Em relação á *energia* da determinação, a primeira distincção é entre *dolo reflectido* (*propositum*) e *dolo irreflectido* (*impetus*), distincção que vem do direito romano (*D. de poenis*, L. II § 2.º). Chama-se *dolo reflectido* o que resulta de uma determinação ponderada sobre a acção, meios de realisal-a e sobre os effeitos decorrentes.

Duas modalidades ha a considerar neste caso: ou entre a determinação e a acção se interpõe um certo lapso de tempo, perseverando o agente com frieza (segundo CARRARA), ou com reflexão (segundo IMPALLOMENI) no proposito criminoso: é a *premeditação*; ou entre a determinação, embora até certo ponto ponderada e revelando calma ou reflexão no agente, e a execução não ha tempo apreciavel, que faça presumir a persistencia dos motivos determinantes ou a perseverança da mesma determinação; é o *dolo simples*.

Se tivermos, porém, em vista o conceito scientifico do dolo, como representação (n. 182), é bem de ver que a premeditação não caracteriza o dolo e sim a resolução; a resolução, e não o dolo, é que póde ser premeditada, e isto se verifica quando a representação do resultado desejado, em surgindo, não determina logo a vontade, mas dá tempo a que as demais resoluções, e especialmente as idéas geraes da religião, da moral, do senso pratico, que dominam toda a nossa conducta, se façam valer (LISZT).

O *dolo de impeto* apresenta tambem duas modalidades: ou a determinação é o effeito do impulso da paixão, seguindo-se logo a acção, e tem-se, então, o *dolus repentinus*, modalidade que o nosso codigo levou em conta no art. 42, §§ 1, 2, 5 e 7, para attenuar a culpabilidade; ou a acção é a resultante de uma determinação que não a tenha precedido de perto, mas cuja causa seja a excitação extraordinaria do animo por um grave resentimento, e temos, então, o *dolus affectivus*, segundo uns, a forma de alguns crimes chamados *deliberados*, segundo ALIMENA e outros.

O nosso codigo anterior offerencia exemplo desta fórmula no art. 18, § 8, que suppõe a *paixão* como motivo determinante, operando durante certo tempo, entre a resolução e a acção.

185. — Quanto ao *momento da determinação*, distingue-se o dolo em *antecedente*, *concomitante* e *subsequente* ou *post-factum*, segundo precede a acção ou é desta contemporaneo ou a segue e a affecta ulteriormente.

Quanto ás duas primeiras modalidades, surge a questão de saber se é necessario a concomitancia do dolo com a acção para firmar a imputabilidade do agente.

E' a celebre questão escolastica sobre a apreciação das denominadas *actiones liberæ in causa seu ad libertatem relatee*.

Taes acções se verificam quando o agente, em estado de não imputabilidade, produz um resultado delictuoso por commissão ou omissão, mas este seu procedimento teve como causa uma acção ou omissão dolosa praticada em estado de imputabilidade. Exemplo apontado por LISZT: o guarda da via ferrea embriaga-se no intuito de deixar de dispôr as agulhas por occasião da approximação do trem.

Crimes desta natureza, observa o mesmo autor, resultam de ordinario, mas não exclusivamente, de omissões; são mais raros os crimes por commissão culposa, e rarissimos e duvidosos devem ser os casos em que uma commissão dolosa se apresente como *actio libera in causa*.

Sob o ponto de vista doutrinario, a solução exacta é pela não concomitancia do dolo e do resultado da acção.

Devemos ter em vista, diz LISZT, o momento em que o movimento corporeo voluntario foi apprehendido (ou, se se trata de uma omissão illegal, devia ser apprehendido); é indifferente o estado mental do agente no *momento em que* — o resultado se produziu. Assim, no exemplo citado, o guarda achava-se no gozo de suas faculdades, quando deu causa ao resultado que se produziu, é, portanto, responsavel, como egualmente responsavel seria o individuo que induzisse um louco á pratica de certo crime, embora o louco executasse o crime, quando o autor intellectual do facto se achasse immerso em profundo somno.

A' mesma solução chega CARRARA.

Entretanto, no ponto de vista do nosso direito positivo, segundo explicita declaração do autor do codigo, a concomitancia do dolo e da acção é irremediavel para firmar a culpabilidade do agente, e dahi porque tomando por fonte o codigo bavaro, para redigir o § 4.º, do art. 27, excluiu a clausula allí contida, referente á causa da perturbação, isto é, *de ser imputavel ao agente*, "para evitar o gravissimo erro, diz o autor do codigo, de se considerar passivel de pena, e, portanto, capaz de dolo contemporaneo da consummação, o individuo v. g. que procurasse a embriaguez como meio de encorajal-o ao crime, ou o que se prestasse a ser hypnotizado para servir de instrumento ao crime de outrem (Vide art. 27, § 4.º, e respectivo commentario).

Mas, como bem pondera LISZT, o momento decisivo não é o da realização do resultado, mas o do impulso dado para o desdobramento da cadeia causal, e no exemplo citado, o guarda achava-se no gozo de suas faculdades, quando deu causa ao resultado que se produziu, e, pois, nada se oppõe á imputação.

Ainda quanto ao dolo antecedente, cabe apreciar a sua modalidade chamada *dolus generalis*, excogitada por WEBER, e admittida por KOSTLIN, SCHWARZE e outros.

Sob essa denominação se inciue a intenção que converte em uma unidade, dados certos requisitos, varios actos do mesmo agente. Dá-se, quando alguém pratica um certo acto com intenção criminosa e, suppondo erroneamente ter conseguido o resultado e realizado sua intenção, pratica um outro acto, com intenção diversa, por exemplo: para encobrir os vestigios do facto, e só então produz o resultado que primitivamente elle se representara.

A mãe, por ex.: para occultar a deshonra, intenta suffocar o filho recém-nascido, e, suppondo que o suffocára, enterra o pretendido cadaver para occultar o crime, e só por este ultimo acto causa a morte do filho.

CARRARA entende que em tal caso ha uma tentativa de homicidio premeditado e morte devida ao caso fortuito, considerando que o primeiro facto não comprehende a morte da victima designada e que o segundo é o producto do medo e do desejo de occultar o cadaver para evitar as pesquisas da justiça.

Para PUGLIA ha homicidio doloso, do mesmo modo que para JOÃO VIEIRA, que entende não occorrer a premeditação, mas que o facto póde assumir a figura do homicidio do art. 294, § 1.º ou 2.º, conforme outras circumstancias ahi previstas. Collocando a questão nos devidos termos, mostrando que nada justifica a creação dessa especie de dolo, pergunta LISZT: todos os actos parciaes podem ser concebidos como uma unica acção, cujo curso se desvia da representação do agente apenas em pontos que para elle não são essenciaes? Se é este o caso, não se faz mistér, para a imputação do resultado, a hypothese de uma modalidade especial do dolo; se não é este o caso, tal hypothese não póde reduzir a unidade actos diversos e independentes.

186. — Considerado o dolo em relação á *natureza do mal delibberado*, varias distincções têm sido feitas, e de alcance pratico. O dolo é *determinado* ou *indeterminado*.

Diz-se *determinado* o dolo quando o agente queria especialmente o evento que produziu. Ex.: quiz matar uma pessoa e matou. Chama-se tambem dolo *especial* ou *especifico*.

Quanto ao dolo *indeterminado* é conceituado, especialmente entre os autores italianos e francezes, como *intenção generica de fazer o mal* (PESSINA), ou *intenção indeterminada de prejudicar*

(HAUS). Mas como já mostramos (n. 93), semelhante conceito é inaceitável logica e psicologicamente, porquanto com a idéa de dolo não se conciliam a indeterminação do designio criminoso e a ausencia de clareza relativamente á direcção da vontade.

A representação do resultado deve ser determinada nos traços característicos para que, como tal, se distinga do desejo e da esperança, e quando é mais ou menos precisa, quando não é determinada em relação a todas as particularidades, é que o dolo se diz *indeterminado* ou *geral* (LISZT).

Assim, esta especie de dolo se caracteriza pela previsão de um resultado produzido de um modo mais ou menos determinado, e que se dá *eventual* ou *alternativamente*. Exemplo classico do dolo eventual: Pedro quer matar a mulher, que tem em seus braços uma creança, prevendo que se atirar contra ella, póde attingir a creança e matal-a tambem, mas apezar disso, dispara a arma e mata a mulher e a creança.

Houve previsão da morte da creança por parte do agente, senão certa, pelo menos possível, e não obstante demovido não foi elle do seu proposito, pelo que responsavel, por dolo eventual, é pela morte da creança.

Surge, então, uma das mais graves questões de direito penal, pois trata-se de traçar a linha divisoria entre o dolo e a culpa. Estão, porém, hoje accordes os partidarios da theoria da vontade e os da theoria da representação em aceitar como indicativa do dolo eventual a formula delineada por FRANCK, e que assim se enuncia:

“Existe dolo eventual em caso de representação do resultado como possível, se a convicção da producção necessaria do resultado não demovesse o autor de commetter a acção.”

Assim, se o agente espera, confiando em sua destreza, em sua boa sorte, etc., que o resultado não se produzirá (tal o caso de Guilherme Tell) não se poderá admittir dolo; quando chega á conclusão affirmativa (o resultado se produzirá), ou quando não chega, em summa a uma conclusão, embora tenha previsto a possibilidade da producção do resultado (pancada com um copo de cerveja), existe dolo eventual (LISZT).

O dolo indeterminado é *alternativo* quando entre diversos efeitos delictuosos igualmente possíveis o agente visava indifferentemente qualquer um delles.

Exemplo: Pedro, insultado por varios individuos reunidos, para desaffrontar-se, matando ou ferindo, desfecha o seu revólver contra o grupo, e mata um desses individuos.

Diz-se, então: *dolus indeterminatus determinatur eventu*.

Ainda com relação á natureza do mal deliberado, distinguiam os antigos criminalistas o *dolo indirecto*, verificavel quando o agente, com a pratica do crime, dá causa a outras consequencias que não

previra, mas que resultáram de facto e que talvez devessem facilmente delle resultar.

Assim, a offensa physica, de que resultou a morte, deve ser punida como homicidio doloso.

Esta forma de dolo, inadmissivel perante a sciencia, deveu sua creação ás necessidades da administração da justiça, a que a theoria da vontade não estava em condições de attender (n.º 182).

Para se ver que semelhante creação não tem fundamento juridico, bastante é notar, com LISZT, que mesmo o *versari in re illicita* não pôde converter em resultado representado um resultado não representado.

Imputa-se, pois, o resultado mais gravoso em vista do nexos de causalidade entre o evento e a acção, sem attender o elemento da previsibilidade, sustentando-se que o agente, emprehendendo um determinado delicto, conhecia bem a impossibilidade de conter-se dentro de limites fixos as consequencias de seu acto, justo sendo que acarrete com o evento em toda a sua extensão.

Não se imputa o caso fortuito porque, argumenta-se ainda, tem-se em vista o nexos da causalidade entre a acção e o maior evento danoso, o que exclue o caso fortuito (CRIVELLARI, IMPALLOMENI).

Toma-se, pois, como base uma presumpção, e tanto basta para mostrar a carencia de razão juridica da doutrina.

No nosso codigo encontrámos casos de acolhida de semelhante doutrina, na attenuante prevista no art. 42 § 1.º e quando se imputa o resultado mais gravoso da acção (n.º 178).

## Culpa

187. — Passemos ao estudo da *culpa*, sensu stricto.

O codigo não define a culpa, limitando-se a mencionar quaes de suas formas podem constituir o elemento subjectivo do crime. Admittiu, porém, da culpa o conceito que lhe deu a theoria dominante na escola classica, e tambem acceto pela maioria dos adeptos das escolas positiva e critica, isto é, a *theoria subjectiva*, para a qual a culpa assenta na falta de previsão do evento danoso.

Como todo conceito juridico, tambem o da culpa passou, e ainda passa, por uma evolução.

Primeiramente importava, latamente entendida, tanto o acto productor de um damno qualquer, quanto o estado psychico do agente que o praticou.

Passou depois a designar sómente o elemento psychico da acção ou omissão lesiva, comprehendendo assim o dolo como a culpa propriamente dita.

Mais tarde surge a figura especifica desta, como é hoje encarada pela sciencia e pela legislação (LETO).

Para a theoria dominante, que é a subjectiva, a que se con-

trapõe a concepção prevalentemente *objectiva* de STOFFATO, a culpa consiste na falta de previsão das consequências possíveis da acção ou omissão, quando o agente devia e podia prever-as.

Assim, a essência da culpa está na possibilidade de prever o efeito prejudicial, que aliás não quiz, nem previu.

Divergências accentuadas, porém, se notam entre os tratadistas no tocante a natureza da culpa, o que não é de estranhar, attendendo-se que a previsibilidade é um estado psychico muito variavel, dependente de uma série de causas ou circumstancias internas e externas.

Dahi porque uns escriptores vêm na culpa um vicio da intelligencia, outros um vicio da vontade, outros um vicio da memoria ou do processo associativo dos estados de consciencia e até uma anomalia moral ou alteração e deficiencia de attenção e talvez um effeito da degeneração.

Destes pontos de vista, o predominante na escola classica, é o que vê na culpa um vicio da vontade, consistente na omissão voluntaria da diligencia e da attenção necessarias em ter querido um acto sem lhe prever as consequências, todavia previsiveis: a acção é voluntaria em sua causa, involuntaria em seus effeitos.

Dahi o conceito que da culpa dá CARRARA: *a omissão voluntaria de diligencia, pelo autor de um facto, no calculo de suas consequências possíveis e que podia prever.*

Diz-se *omissão voluntaria*, porque ainda que os factos culposos conttenham uma falta de *intelligencia*, consistente em não ter previsto as consequências prejudiciaes de um facto, entretanto, por sua origem, esta falta de intelligencia remonta á *vontade* do agente.

Effectivamente, é por uma falta de vontade que elle não fez uso da reflexão, por meio da qual podia se esclarecer e entrever as consequências desastrosas.

Não procede a objecção de que sendo voluntaria a omissão, calculando a vontade se é preciso omitir ou não, ha dolo e não culpa, porquanto olvida-se que é da essência da culpa que a omissão querida não seja acompanhada da previsão do effeito que constitue a violação do direito.

Se omitindo de calcular os effeitos possíveis de sua acção, o homem tinha previsto (como possível ou como provavel) a lesão que della póde resultar, haveria um dolo indeterminado e não culpa.

Lanço um charuto aceso junto de um monte de palha e o fogo ahi se propaga: sou culpado se agi sem reflectir e sem prever que o charuto iria tocar a palha e ahi atear fogo. Voluntariamente omitti de olhar onde cahiu meu charuto.

O acto de lançal-o é voluntario, mas não é voluntariamente que me expuz ao risco de causar um incendio, porque não o previ. Não se deve, porém, identificar os actos culposos com os actos negativos.

Nos delictos de omissão, o corpo é *inactivo*, mas o espirito é

*activo*: é para attingir um certo fim que o espirito torna inactivo o corpo.

Nos actos culposos, o corpo pôde ser activo, praticar actos donde resulta o effeito prejudicial, mas o espirito é sempre *inactivo*, porque não applica seus calculos á previsão dos effeitos. A essencia, pois, dá culpa está na *possibilidade de prever*, o que é coisa distincta da *previsão*.

Pôde-se *não prever* uma consequencia que em seguida se realisa; pode-se *prever-a como possível*, mas esperar evital-a e não ser bem succedido.

Ha simples culpa em ambas as hypotheses, porque o agente não obrou com o fim de offender.

Se na segunda hypothese tivesse obrado com o intuito de offender, haveria um factio doloso, porque o dolo resulta do primeiro fim; mas obrando para fim innocente, não ha senão mera culpa pelo segundo effeito, porque tanto *vale não prever um effeito*, como *prever que não acontecerá* (CARRARA).

Pelo expendido, e com SETTI podemos distinguir o *dolo*, a *culpa* e o *acaso* por esta forma: a) no *dolo* ha vontade de commetter um acto, prevendo-lhe as consequencias; b) na *culpa* ha vontade de omittir a diligencia necessaria no calcular as consequencias previsiveis do proprio acto; c) no *acaso* ha um *consequente* que não tem *antecedente* no intellecto operativo do homem: não é, pois, imputavel, como o dolo ou a culpa — *Nullum crimen in casu*.

Por outra, e com LISZT: se no *dolo* ha previsão do resultado como effeito do acto, na culpa não ha essa previsão, o agente cae em erro, *mas que podia e devia ser evitado*, sobre a importancia causal de seu acto voluntario; no *acaso* ha tambem erro sobre a importancia causal do acto voluntario, *mas erro inevitavel*. Consequentemente, o erro excluirá a culpa, quando era inevitavel, quando, dadas as condições do agente, lhe era impossivel obter a representação da importancia do seu acto.

188. — Todos os preceitos da ordem juridica podem ser violados culposamente, mas a maioria das legislações só pune as acções ou omissões culposas quando são causa de um resultado prejudicial assaz grave para que o interesse publico exija a sua repressão pela pena.

Nesse presupposto, a dois systemas se prendem as legislações penaes: umas dão uma noção geral do delicto culposo para ser applicada a casos determinados na parte especial, como o codigo de Wurtemberg, art. 58; outras, sem dar uma noção geral, determinam, nos casos especiaes, os extremos necessarios do delicto culposo (cods. francez, italiano, allemão, etc.).

O nosso codigo só pune tambem um numero limitado de delictos, a titulo de culpa.

Por demais omissa era a nossa legislação anterior, contemplando o código de 1830 apenas como delictos culposos alguns funcioneaes (arts. 125, segunda parte, 153 a 166), sendo preciso que a Lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871, art. 19, viesse qualificar como culposos, factos frequentes, como o homicidio e lesões corporaes, inspirando-se no código francez, arts. 319 e 320.

A essas especies e mais a de fallencia culposa, prevista no código commercial, arts. 800, 801, e 821, se reduziam os delictos não intencionaes.

Não eram considerados dessa natureza, e tão sómente como dolosos, os delictos de incendio e inundação, segundo a Lei n.º 3.311, de 15 de outubro de 1886, lacuna tanto mais censuravel quanto esta mesma lei cogitava da obrigação de indemnizar o damno, ainda quando o facto não fosse julgado crime, se se provasse que houve da parte do autor ou causador do mal, negligencia, culpa ou falta, e exemplo de incriminação tinha nos códigos de Zurich, arts. 204 e 208, allemão, arts. 306 e segs., hollandez, arts. 157 e segs. O código vigente sanou essas lacunas, embora de modo ainda deficiente, quer quanto á qualificação dos factos, quer quanto á penalidade inapta de todo como meio de repressão, e haja vista o caso mais grave, o de homicidio, cuja pena é de dois mezes a dois annos de prisão cellular, maximo, porém, que só pôde ser applicado no unico de reincidencia.

E que deficiente tem sido a repressão comminada, mostra-o o movimento dia a dia mais extensivo da criminalidade culposa, especialmente em relação á industria de transporte ou aos meios mecha-nicos de locomoção.

189. — Tendo em vista a qualificação que dos delictos culposos faz o nosso código, vê-se que o legislador inspirou-se em tres ordens de criterios, a exemplo de outros códigos, a saber: *a*) pelo criterio da inobservancia de deveres do officio ou profissão (arts. 132, 160, 210, 238, ultima parte); *b*) pelo criterio de razões de ordem publica (arts. 293, § 2.º); *c*) pelo criterio da importancia do direito ou bem juridico violado ou postô em perigo (arts. 148, 151, 297, 302, 306, 336 § 2.º).

Qualificados segundo esses criterios, em cada um desses delictos deve concorrer, como seu elemento integrante, além dos de ordem physica subjectiva (*acção* ou *omissão*), e objectiva (*damno* ou *perigo*) o de ordem psychica, constitutivo da culpa, e por uma das *formas taxativamente enunciadas pela lei*.

Segundo o art. 24, a culpa deve se manifestar pelas formas da *negligencia*, *imprudencia* ou *impericia*; mas uma tal enumeração não é completa, por isso que outras formas de culpa prevê o código na parte especial.

E' assim que constituem tambem formas de culpa punivel as seguintes: *inobservancia de disposições regulamentares* (arts. 148, 151, 297 e 306), *inobservancia de ordem ou disciplina* (art. 151), o *descuido* (art. 153, § 1.º), a *frouxidão, indolencia, omissão* (art. 210).

Segundo ainda o art. 336 § 2.º, a fallencia culposa pôde assumir as formas que na conformidade das leis do commercio foram estabelecidas.

Essas formas da culpa, enumeradas pelo codigo ou por leis especiaes, são *taxativas*, ou como dizem CHAUVEAU e HELIE, em relação ao codigo francez, fonte do nosso: "*ce sont là les fautes que seules peuvent rendre l'agent passible d'une peine.*"

Por isso, como decidiram os accordams da Côte de Cassação de 15 de dezembro de 1825, de 8 de dezembro de 1826 e de 7 de julho de 1827, a sentença condemnatoria deve declarar, sob pena de nullidade, em que consistiu a culpa, em que especie está comprehendido o acto incriminado, isto é, se foi imprudencia ou negligencia ou impericia na arte ou profissão, ou inobservancia de disposição regulamentar.

Consequentemente, não verificada nenhuma das formas de culpa previstas pela lei, não ha logar para imposição de pena, o factio assumindo o character de fortuito ou acaso.

"Faltando o concurso de qualquer das cinco circumstancias determinadas taxativamente no art. 319 (do cod. penal francez), o homicidio puramente involuntario não constitue crime, nem delicto, nem contravenção, não dá logar á applicação de pena alguma (accordam da Côte de Cassação, em 26 de fevereiro de 1863). E' de ponderar, porém, com SETTI, que se as acções culposas são puniveis só nos casos determinados pela lei, isto não importa que nestes casos, por imprudencia, negligencia, impericia, etc., devem ser punidos indistinctamente todos os factos do homem.

"Nem por inadvertencia, imprudencia ou negligencia, diz a *Relazione ministeriale*, V, p. 301, deve-se considerar imputavel qualquer factio do homem no qual não forem observadas as *mais elementares cautelas da vida civil*, nem por impericia na arte ou profissão ou inobservancia de regulamentos, *normas particulares ou geraes que incumbem ao profissional ou á qualquer cidadão.*"

As especificações foram feitas pelo codigo porque têm "uma larga applicação e evitam o arbitrio soberano que teria o magistrado, se usado fosse o adverbio "culposamente", a exemplo do codigo toscano.

A applicação da lei toria-se exacta se relacionada fôr a *forma* por ella prevista, com o *gráo* de culpa verificado no caso dado. Para a devida elucidación da materia, cuja importancia desnecessario será encarecer, vamos tratar de cada uma das *formas* especificadas pelo codigo e dos *grãos* ou intensidade da culpa.

### Negligencia

190. — A primeira forma da culpa mencionada no art. 24 é a NEGLIGENCIA, que é a forma mais typica e geral, por isso unicamente contemplada no codigo penal allemão, na modalidade simples (*Fahrlässigkeit*) e na qualificada, quando ha violação de deveres do proprio officio (*Qualifizierte Fahrlässigkeit*).

Consiste a negligencia na omissão da escolha dos meios mais aptos para a execução do acto ou em retardar ou relaxar a sua execução. Exemplos: trazer feras em gaiolas de madeira, sem vergões de ferro; deixar sem illuminação encações feitas na rua, diante de sua porta; não cobrir poços ou quaesquer outras aberturas no solo, etc.

### Imprudencia

191. — Outra forma da culpa é a IMPRUDENCIA, que consiste em praticar uma acção sem as necessarias precauções, isto é, em agir com *precipitação* ou *inconsideração* ou *inconstancia*. Age com *precipitação* quem no exame dos factos, não passa pelos grãos intermediarios convenientes, isto é, pela memoria do passado, pelo conhecimento do presente, pela preocupação do futuro; age com *inconsideração* quem não está attento ás circumstancias particularissimas e variaveis dos factos; age com *inconstancia* quem não prosegue naquillo que foi proposto e julgado pela recta razão. Exemplos: o cocheiro que conduz em ruas de grande transito seu vehiculo em disparada ou atrella ao carro animaes chucros; o proprietario de um cão bravo que o traz solto pelas ruas sem açamo; o individuo que junto de outras pessoas maneja uma arma carregada sem as necessarias precauções; passeiar pelas ruas em cavallo fogoso e espantadiços, rebeldes ao freio; caçar em logares muito frequentados, etc.

### Impericia

192. — IMPERICIA NA ARTE OU PROFISSÃO é outra forma da culpa contemplada pela lei. A pericia, por via de regra, não é um dever, por conseguinte a impericia tambem não póde constituir falta; mas, quando se trata de uma operação, de uma empreza qualquer que exige conhecimentos especiaes ou uma certa habilidade, aquelle que não dispõe desta habilidade ou destes conhecimentos e sahe-se mal, é responsavel por falta, porque não devia intrometter-se em uma coisa que não conhecia.

Assim tambem aquelles que exercem uma profissão qualquer e que depende de conhecimentos, destreza e habilidade para poder ser convenientemente exercida, se não adquiriram as necessarias habilitações, se ignoram o que é da sua profissão e não cumprem seu

dever, incorrem em falta e são responsáveis, quando por esse motivo commettem algum mal.

Por impericia deve-se entender a incapacidade, a falta de habilitação para fazer alguma coisa que o agente não devia fazer sem ter adquirido os necessarios conhecimentos.

Estão comprehendidos nos termos da lei todas as profissões, todas as artes, e, assim, diz VIVEIROS DE CASTRO, é culpado de homicidio involuntario aquelle que por impericia, ignorancia de seu officio produziu um accidente que occasionou a morte de alguém. Assim a lei comprehende o machinista inhabil que faz explodir a caldeira, como o medico ignorante que mata seu cliente por um erro crasso de diagnostico ou uma desastrada operação cirurgica.

A impericia póde consistir em um factio material ou em um factio moral. Como exemplo classico da impericia material temos o referido nas Institutas, do individuo que, podando arvores junto de uma estrada, deixa cahir um galho que esmaga ou fere um transeunte.

A impericia moral resulta da ignorancia do agente.

Tal é o caso do engenheiro que constróe uma ponte sem observancia das regras de sua sciencia, e a ponte cahe, occasionando a morte de diversas pessoas; da parteira que por ignorancia de sua arte, occasiona a morte da parturiente, etc.

Como casos mais interessantes de impericia moral, se apresentam os chamados *erros da arte medica*, que por isso mesmo demandam mais detida apreciação.

Pugnáram a principio os medicos por sua completa irresponsabilidade, e os argumentos adduzidos foram que o principio da responsabilidade seria lesivo ao proprio doente, porque não se lhe poderia, sob tal ameaça, tentar nenhuma das praticas excepcionaes de salvação, connexas sempre á possibilidade de insuccesso, e, identicamente, á medicina em geral, porque taes restricções seriam capazes de mantel-a numa coacta improductividade dos novos meios de debelar a doença e curar a saude.

Redargue muito bem AFRANIO PEIXOTO que o argumento interesseiramente esquece que a responsabilidade attinge exclusivamente a imprudencia, a impericia, a negligencia, senão ao dolo, permitindo por consequencia todas as intervenções justificadas ou racionais capazes de utilidade, mesmo problematica, se foram exgottados os meios idoneos, consagrados e reputados em sciencia como efficazes."

Ao argumento ainda de que é difficil, senão muitas vezes impossivel aos juizes e tribunaes verificar as faltas profissionaes do medico, e determinar se elle se conformou com as regras sempre variaveis da arte, responde SOUZA LIMA que certas faltas são palpaveis e evidentes, mesmo aos olhos dos leigos, taes como a administração por erro ou ignorancia de um medicamento em dose exces-

siva, ou uma operação manifestamente grosseira, brutal e desastrada, que produzam a morte do doente.

Demais os juizes de facto e de direito, no tribunal *commum* são esclarecidos pelo parecer de peritos de toda a competencia e honorabilidade, que para isso devem ser criteriosamente escolhidos; não ha, pois, necessidade, para o julgamento de questões medicas, de um tribunal *ad hoc*, de um fôro especial, que seria naturalmente eivado de suspeição ou parcialidade.”

Seria estabelecer uma excepção nada justificavel eximir o medico das consequencias da sua impericia, imprudencia ou negligencia, quando todas as outras profissões e artes estão sujeitas ao preceito e sancção legal, nada importando a posse de um diploma, por isso que não é prova incontratavel de saber, antes presumpção, que pôde ceder diante de prova contraria.

E depois; o respeito que a sociedade deve á profissão medica só continuará justificado, se além de a sentir capaz, a souber responsavel. “Se a imprudencia de um individuo que maneja uma arma de fogo, diz TARDIEU, pôde accidentalmente tornal-o culpado de um homicidio involuntario, o medico tem constantemente entre as mãos armas não menos perigosas, e de que pôde fazer uso fatal; sua lanceta mal dirigida pôde abrir uma arteria, sua impericia pôde comprometter a vida daquelles a quem elle deve a protecção e os socorros de uma arte beneficente.”

“O titulo de doutor, observa por sua vez DUBRAC, não pôde ser um salvo-conducto que lhes permitta commetter impunemente toda a especie de imprudencia. Por isso mesmo que a lei os investe de um monopolio, e que ella lhes garante o exercicio exclusivo de sua arte, ficam adstrictos a uma circumspecção maior... Somos forçados a reconhecer, é verdade, que não é possivel traçar os limites desta responsabilidade; os casos em que pôde ser invocada variam ao infinito.

Os magistrados deverão, antes de tudo, na maior parte dos casos, recorrer ás luzes de medicos esclarecidos e de capacidade a toda a prova, afim de saber se as regras de prudencia ordinaria foram observadas.”

Em França a questão preoccupou a attenção de medicos e juristas, especialmente pela generalidade dos termos empregados pelo codigo penal, art. 319 (*quiconque par maladresse, imprudence, inattention, negligence ou inobservation des réglements, etc.*), chegando a Academia de medicina de Pariz, em 1829 e em 1834, a proclamar que “os medicos nunca deveriam ser legalmente punidos pelos erros que commettessem de boa fé no exercicio de suas funcções; sua responsabilidade é toda moral, toda de consciencia. Nenhuma acção judicial lhes pôde ser intentada senão em caso de captação, de dolo, de fraude e de prevaricação.”

Entretanto, nas discussões ahí travadas, não se deixou de reconhecer que a negligencia, a inadvertencia, o erro material e grosseiro, todos os desastres, que se não puder racionalmente attribuir ás incertezas da sciencia e ás difficuldades da arte, fariam perder aos medicos o privilegio da irresponsabilidade que se lhes queria garantir.

Afinal dirimiu-se a questão com solução racional, propugnando-a imminentes medicos e reconhecendo-a os tribunaes.

Nem irresponsabilidade absoluta, nem tambem responsabilidade absoluta.

“Os medicos não são responsaveis pelos erros que possam commetter no exercicio regular e consciencioso de sua profissão, nem pela faltas leves, porque em tudo é preciso dar a desconto da fraqueza humana. Portanto, elles só devem ser responsaveis quando commetterem uma *falta grosseira*, uma *grande negligencia*, ou quando tiverem dado provas de ignorancia crassa” — eis ahí a solução dada por BRIAND e CHAUDÉ e acceita por LACASSAGNE, LUTEAUD DU SAULLE, BERRYER, DUBRAC e tantos outros luminares da sciencia medica.

A jurisprudencia firmou a responsabilidade medica dentro dessa limitação, pronunciando os tribunaes numerosas condemnações por erros grosseiros sobre a qualidade ou doses de medicamentos, tendo occasionado accidentes ou a morte de doentes; por curativos mal feitos ou mal dirigidos, tendo acarretado consequencias prejudiciaes; por operações inopportunas, como uma brachiotomia praticada em logar da versão, na hypothese de estar o feto morto; por abstinencia ou interrupção prolongada de visitas, não obstante chamados reiterados dos doentes; pela transmissão de molestias contagiosas por instrumentos mal limpos, infeccionados; por abandono descuidoso dos doentes chloroformisados, antes da volta completa dos sentidos, etc. Na Allemanha tem sido firmada tambem a responsabilidade medica, reconhecendo-se que as disposições sobre homicidio e offensa physica culposos (arts. 222 e 230), sua forma aggravada, eram applicaveis aos erros da arte medica, que deviam ser apreciados segundo os principios geraes (LISZT).

Da mesma forma, na Italia, isso mesmo ficando reconhecido pela maioria da commissão senatoria, ao discutir-se o projecto de codigo penal, ora em vigor, notando COSTA, na commissão de revisão, que se um cirurgião se entrega a uma operação para a qual conheça não ter habilitação precisa, age culposamente (*Verbali, XXX*).

Perante o nosso codigo penal é innegavel a responsabilidade medica, nos termos por que foi reconhecida em França, claras e terminantes sendo suas disposições a respeito, porque além de referir-se á *impericia na arte ou profissão*, especifica a qualidade profissional do medico, como aggravando a respectiva criminalidade, quer

tratando de crimes dolosos, quer de culposos (arts. 157 e § 2.º, 205 § 2.º, 300 § 2.º e 302).

### Inobservancia de disposições regulamentares

193. — Em sentido tecnico, o regulamento é o complexo de disposições geraes, emanadas do poder executivo, para a fiel execução das leis (Const. Federal, art. 48, n.º 1.º).

Não é, porém, só neste sentido que o codigo penal considera o termo *regulamento*, cuja inobservancia, acarretando damno, constitue uma das formas da culpa punivel; o termo deve ser tomado em sentido amplo, como comprehensivo tambem da *lei* propriamente dita, isto é, do complexo de normas geraes prescriptas pelo poder legislativo.

Effectivamente, nota PUGLIA, se a inobservancia do regulamento, que presuppõe a lei, a cuja actuação se propõe, implica culpa, com maioria de razão deve implicar-a a inobservancia da lei.

Póde-se dizer sómente que a redacção do art. 377 (do codigo italiano, equivalente a do art. 297 do nosso) não seja muito exacta; mas claro transparece o pensamento do legislador, que referindo-se o *regulamento*, o fez para mostrar a verdadeira natureza das normas por elle estabelecidas, isto é, que a referencia foi feita para mostrar que taes normas são verdadeiras normas juridicas. Consequentemente, a morte de alguém, como effeito não previsto da violação do preceito de uma lei, constitue homicidio culposo, ainda que a violação não constitua delicto, porque é dever do cidadão conhecer a lei e agir de conformidade com ella, e violal-a mesmo involuntariamente constitue imprudencia ou negligencia.”

No mesmo sentido se externa IMPALOMENI.

194. — O art. 151 do nosso codigo, a exemplo do codigo italiano, falla tambem em *ORDEM* e *DISCIPLINA*, e como taes se entendem a norma ou complexo de normas, estabelecidas por quem dirige uma administração, quer publica, quer privada, para o fim de obter o seu funcionamento regular, e evitar possiveis danos ou inconvenientes.

A inobservancia das disposições regulamentares, de ordem ou disciplina já attesta a imprevidencia por parte do agente, e logo culpa, por isso que ditadas como normas de conducta, visando proteger a segurança publica, a vida humana, impedindo consequencias danosas, encerram um calculo de probabilidade, ou medidas que se approximam quanto possivel da previsão dos phenomenos, supprimindo quanto possivel o caso fortuito.

Effectivamente, referindo-se especialmente aos accidentes de transportes, nota SPENCER VAMPRE, que determinando as leis a velocidade dos vehiculos, etc., não fazem mais do que determinar as

condições negativas de probabilidade dos accidentes. A obediencia dos preceitos regulamentares da viação é o primeiro meio juridico de supprimir, quanto possivel, o caso fortuito.

Dahi a consideração de que a lei estabelece um minimo de precauções, que devem sempre ser observadas, e sem obediencia não é possivel allegar caso fortuito ou força maior.”

Assim, na inobservancia das disposições regulamentares assenta a presumpção da imprevisibilidade do agente, e o mesmo se nota, em regra, nos casos de impericia, cuja constatação revela a falta de previsibilidade.

Dizemos — em regra —, porque, como nota PUGLIA, em determinados casos é necessario pesquisar se o agente obrou sem previsão, visto como nem sempre o não ter previsto o evento no exercicio da arte ou profissão, é efeito de impericia.

O evento póde ser derivado de causas que mesmo para o homem mais experto, para o cientista, não podiam ser previstas, e, então, o evento é casual.

Nos casos, porém, de negligencia ou imprudencia, é necessaria a pesquisa da previsibilidade, porque nota FLORIAN, a negligencia ou imprudencia são por si mesmas inseparaveis do conceito de previsibilidade, uma e outra se explicam sempre e se manifestam como uma falta na avaliação das consequencias do proprio operar.

195. — Assentando a culpa na possibilidade de prever o efeito prejudicial, que o agente aliás não quiz, nem previu, é ahi que vamos encontrar o criterio para determinar os seus grãos ou intensidade, e conseguintemente o quantum de imputação.

Dahi a conhecida divisão, oriunda do direito romano, e transportada para o dominio do direito penal, e que distingue a culpa em *lata, leve e levissima*.

Objecta, porém, KOSTTIN que não se póde discriminar os grãos de culpa, porquanto a probabilidade de prever é relativa, dependente das circumstancias concretas e da individualidade do agente, e assim teriamos infinitos grãos quantitativos, que não se podem determinar qualitativamente como grãos.

Responde, porém, LETO que isso não impede que se estabeleça a priori o que é necessario para responder pelo efeito lesivo em face das circumstancias de facto e da individualidade do agente, e a que condições seja subordinada sua responsabilidade. Vejamos os grãos de culpa da classica divisão e quaes os admissiveis em direito penal.

a) CULPA LATA ou GRAVE. Dá-se quando o acontecimento prejudicial, que ella occasionou, podia ser previsto por todos os homens. Ex.: deixar drogas venenosas ao alcance de creanças; caçar em jardins e passeios publicos; acondicionar, sem as necessarias cautelas e sem distico indicativo, substancias explosivas, etc.

Se de qualquer desses factos resultar morte ou lesões corporaes,

porque uma creança tomou da droga venenosa, o projectil attingiu alguém no jardim ou passeio publico, se as substancias explosivas detonando matam diversas pessoas, a culpa é grave, porque a possibilidade ou antes a facilidade do desastre estava ao alcance de qualquer intelligencia.

E' de notar com MOLINIER, que no direito penal não se admite a maxima — *culpa lata dolo æquiparatur*.

A culpa grave differe sempre do dolo; no dolo indeterminado o agente aceita as consequencias que o acto possa ter; na culpa grave ha ausencia de vontade em relação ás consequencias prejudiciaes do actos effectuado, apenas havendo imprevidencia.

b) CULPA LEVE. Verifica-se quando o acontecimento não podia ser previsto senão por pessoas attentas e diligentes.

Exemplos: manejar uma arma carregada sem grandes precauções; sahir a passeios pelas ruas montado em cavallo fogoso e espantadiço, etc.

Na culpa leve, nota VIVEIROS DE CASTRO, ordinariamente o desastre é devido á presumpção do agente, á demasiada confiança que elle tem na sua força, na sua habilidade, na sua pericia. Um domador de feras tem por costume nos circos abrir a jaula e deixar sahir um tigrè, certo de que o animal ao seu aceno e á sua voz voltará para a jaula.

Mas em uma bella noite, a fera o desobedece, precipita-se sobre um espectador e o mata.

O acontecimento podia ser previsto e mais de uma vez succedido; o domador de feras porém não o julgava possivel comsigo, tal era a creença que tinha em seu poder de fascinação, em sua habilidade.

c) CULPA LEVISSIMA. Tem-se a culpa levissima quando o acontecimento não podia ser previsto senão mediante uma diligencia extraordinaria e pouco commum.

Exemplo: deixar aberto um frasco com veneno em um armario muito alto, onde uma creança não pôde chegar; trazer solto pelas ruas, sem aço, um cão manso e inoffensivo, etc. Se por uma fatalidade uma creança trepando em uma cadeira, apoderar-se do frasco de veneno e bebendo o conteúdo, vir a morrer; se o cão morder alguém, a culpa em taes casos é levissima, porque os factos eram muito pouco provaveis de succeder, sōmente podiam ser previstos por uma extradordinaria diligencia.

E' *communis opinio* entre os criminalistas que a culpa levissima não sujeita á sanção penal, e mostrando as razões da impunibilidade. diz CARRARA: "Como a lei humana não pôde impedir suas exigencias até o ponto de impôr aos cidadãos coisas insolitas e extraordinarias, é indubitavel que a culpa levissima não é imputavel por principio de justiça. Não o é também por principio politico, porque a omissão de uma diligencia extraordinaria não encerra o

elemento da força moral objectiva, os cidadãos não se poderem atemorizar de que alguém não use de precauções que elles tambem não usam e que cada um sente que não teria tambem empregado em egual caso”.

Entram, pois, sómente no direito penal a culpa lata e a leve, apreciaveis segundo as circumstancias peculiares a cada caso, referentes ao facto e ao agente.

E’ por isso que, apreciando os elementos da culpa, diz LISZT que, em relação á *falta de precaução*, isto é, desprezo do cuidado que a ordem juridica impõe e que se faz mistér conforme as circumstancias dadas, a medida do cuidado determina-se segundo a *natureza objectiva da acção emprehendida*, e quanto á *falta de previsão*, cumpre tomar por base de apreciação as *faculdades mentaes*, a *maior ou menor penetração* do agente: a medida é aqui subjectiva, especial; o que está em causa é a capacidade mental do individuo.”

“A responsabilidade da culpa, diz tambem HAUS, está subordinada ás circumstancias. Com effeito, todo o homem tem o dever de vigiar sua conducta e regrar suas acções de modo a não tornar-se causa, mesmo involuntaria, de um facto prejudicial. Este dever é mais imperioso para as pessoas que pelo seu estado e profissão são obrigados a adquirir conhecimentos technicos ou empregar precauções particulares para prevenir os accidentes e as desgraças.

Mas a lei, que impõe aos cidadãos este dever geral ou particular, se limita a prescrever o gráo de cuidado que o estado das coisas reclama e que cada um pôde empregar segundo sua condição e segundo as circumstancias.

E’ evidente que não se pôde pedir a um moço o que se tem o direito de exigir de um homem amadurecido pela experiencia, e que os cuidados de um bom pae de família não bastam, quando se trata do exercicio de uma arte ou de uma profissão. A apreciação da culpa e de seus diversos grãos é deixada á consciencia esclarecida do juiz, que em cada caso particular deve ter em consideração a idade, o sexo e as outras qualidades pessoas do accusado, a natureza e as circumstancias do acto que produziu a infracção.”

196. — A acção ou omissão culposa pôde ser causa DIRECTA ou INDIRECTA do evento prejudicial, fórmias admittidas pelo nosso código, especialmente em os casos de homicidio e lesões corporaes (arts. 297 e 306). E’ causa DIRECTA ou IMMEDIATA quando se prende ao evento por uma relação efficiente ininterrupta.

No caso do individuo que, examinando sem as devidas precauções uma arma de fogo, fal-a disparar, indo o projectil ferir ou matar outro, temos o exemplo da causa directa ou immediata culposa.

No caso frequentemente citado do individuo que inadvertidamente deixa certa porção de arsenico em logar onde habitualmente se guarda o sal, sendo por este tomada pela cosinheira no pre-

paro de uma iguaria, determinando a morte de alguém, temos como causa directa e immediata a acção imprudente da cosinheira, e como causa INDIRECTA ou MEDIATA a negligencia do individuo que deixou a porção de arsenico naquelle sitio.

Examinando-se o caso, verifica-se, entretanto, que influencia decisiva tiveram, não só a causa directa, como a causa indirecta, na producção do evento, pois se este não se verificaria sem a imprudencia da cosinheira, a acção desta se prende intimamente á negligencia daquelle individuo.

Apreciando semelhante concurso de causas, CARRARA sustenta que imputavel é a causa mediata, mas "*nei congrui termini*", isto é, quando é verdadeiramente causa do evento damnoso. Observa que em determinados casos póde verificar-se até maior responsabilidade na causa mediata, como no exemplo acima dado.

Seria repugnante ao bom senso que se deixasse impune quem revelou maior descuido, para fazer recahir todo o rigor da pena em que mostrou menor imprudencia.

E no caso citado não ha que argumentar com o caso fortuito, porque a cosinheira, usando de maior diligencia, podia certificar-se da nocividade do arsenico, e delle não fazer uso. Não offerece, porém, aquelle criminalista o criterio a seguir para firmar a responsabilidade das causas mediatas, e a ter em vista a efficiencia que pudessem ter, chegar-se-ia ao ponto de tornar responsavel de homicidio por imprudencia o pharmaceutico que, contrariamente aos regulamentos, fornecesse veneno a um individuo que voluntariamente se suicidasse, solução rigorosa, adoptada por alguns tribunaes da Italia, mas repudiada pela Côrte de Cassação de Roma, por decisão de 27 de outubro de 1890.

A questão provocou acurado estudo e polemica entre criminalistas de renome, a proposito do caso do guarda-trem David. Viajando de Roma para Capua, o tenente-coronel Le Piane com a familia, um seu filho menor chegando á portinhola do carro, que descuidadamente fôra deixada aberta pelo guarda, cahiu á margem da estrada, recebendo contusões diversas, ao passo que o pae, levado por um impulso natural atirando-se em seguida, recebeu a morte em consequencia da queda.

A Côrte de Cassação de Roma, por decisão de 2 de maio de 1891, em gráo de recurso, julgou responsavel o guarda, como causa culposa directa das lesões recebidas pelo menor, por isso que, descuidando a observancia dos regulamentos, deixou aberta a portinhola, dando logar ao accidente, e como causa indirecta da morte do official, attendendo que o acto deste *incontinenti illatum fuit, non postea, ex nova causa supervenit*. Criticando a decisão, no tocante a este ultimo ponto, observa ALIMENA que ella daria logar a uma responsabilidade tão extensa de sorte a abraçar os factos mais longinquos e as consequencias mais inesperadas.

Seria o caso de perguntar o que seria se “um outro, e depois um terceiro, um quarto individuo se precipitassem do trem, levados pelo mesmo fim piedoso, e morressem todos ?

Poder-se-ia fallar de outros tantos homicidios culposos ?

Que seria ainda se a mulher e os filhos desses infelizes, scientes da morte dos entes queridos, se suicidasse ?”

A questão encontra solução adequada distinguindo-se a *causalidade da culpabilidade*, e subordinando aquella a esta, formando-se uma *causalidade juridica*, como doutrinam diversos criminalistas. Aquella diz respeito á relação entre o acto do agente e as consequencias decorrentes, formando uma cadeia indefinida, e esta, como já tivemos occasião de mostrar, á falta mais ou menos grave do agente.

Como a culpa, *sensu stricto*, assenta na previsibilidade do evento prejudicial, a possibilidade de prever, pois, assignala a responsabilidade do agente, quer como causa directa, quer como causa indirecta.

Assim, no caso apontado, o guarda só poderia responder culposamente pelo accidente occorrido ao menor, porque era facto que poderia resultar, como consequencia ordinaria, do não fechamento da portinhola do carro, consequencia prevista na disposição regulamentar sobre as vias-ferreas, quando impõe aos guardas a obrigação de se certificarem bem, antes da partida do trem, se estão fechadas as portinholas dos carros.

Não podia responder, a titulo de culpa, pela morte do official, porque era facto não previsivel, por destoar da marcha ordinaria das coisas.

Assim, quem fôr causa mediata ou indirecta de um evento prejudicial, só poderá ser por elle responsavel, se entrar em sua previsão, isto é, se sobrevir dados a marcha ordinaria das coisas e regular comportamento dos homens.

Se no concurso de causas, a immediata fôr culposa, e a mediata dolosa, isto é, se verificar-se o concurso de dolo e culpa na producção do evento, quem fôr causa dolosa, por exemplo, da morte de alguém, responderá por homicidio voluntario, porque valeu-se de quem foi causa culposa como instrumento para realisar seu designio, e este será responsavel por homicidio culposo.

O caso inverso não é possivel, porque não é admissivel que alguém pratique um homicidio voluntario, determinado por culpa de outrem (CARRARA, PUGLIA).

E’ de notar que os casos apreciados de concurso de pessoas diversas, como causas immediatas ou mediatas culposas, de um evento prejudicial, não se relacionam com a questão se nos delictos culposos é admissivel a participação principal ou accessoria, porquanto alli se tem em vista a relação entre o acto do agente, e o evento damnoso, ao passo que no caso de cumplicidade, *sensu lato*,

se tem em vista a *convergencia de vontade para um determinado fim delictuoso*, o que não se pôde verificar em caso de culpa.

197. — Ainda em relação ao concurso de causas culposas, uma das quaes sendo o proprio offendido, e quanto aos efeitos penaes, surge a questão da COMPENSAÇÃO DA CULPA, chegando alguns criminalistas a opinar pela impunidade. Pergunta-se: aquelle que por imprudencia, negligencia, etc., vem a ferir ou matar, poderá escusar-se, allegando que a victima, com sua propria imprudencia, foi a causa do facto ?

A theoria da compensação da culpa tem sua origem no direito romano, onde se encontram diversos grupos de casos e especies de compensação, encarada a culpa como culpabilidade geral. Assim, temos a *compensação culpæ* em caso de retorsão de injuria (Dig. 2, 10, 3, § 3°); em caso de falta de causalidade, isto é, quando entre a culpa do agente e o evento não existe nexu causal, applicando-se o principio — *quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*, não se tratando, pois, de verdadeira compensação ou retorsão, mas de elisão da culpa de terceiro pela efficiencia da culpa da propria victima (Dig. 9, 2, 9, § 4 e fr. 31); finalmente temos o caso de compensação quando a causa do evento seja o proprio offendido, mas com a cooperação de outrem, caso que pela moderna doutrina importaria em attenuação de pena (FERRINI). Modernamente a theoria da compensação encontra acolhida nos codigos tão sómente em relação a certos casos de delictos dolosos, quando á offensa se antepõe outra da *mesma gravidade e natureza*, como nos casos de injurias (art. 322, do nosso codigo).

Quanto aos casos culposos, a doutrina e a jurisprudencia, especialmente em recente orientação, rectificando devidamente a theoria, a tem admittido.

Procurando justificar a admissão da theoria da compensação, como vinha delineada no campo do direito penal, diz CARRARA que poderia haver duvida, argumentando-se que, sendo a pena imposta no interesse da sociedade, a falta do offendido, a sua negligencia ou imprudencia e mesmo o seu dolo, não podem constituir motivo sufficiente para privar os demais cidadãos da repressão exigida por seus interesse e direito. Mas a razão que faz desaparecer a necessidade da punição não está na falta do offendido, na sua negligencia ou imprudencia, e sim na cessação da razão politica de punir, pela cessação do damno mediato. Quando o offendido com indisculpavel negligencia faz-se a principal causa do proprio damno, não se pôde mais dizer que a punição do offensor reprima o máo exemplo dado aos negligentes e distrahidos: ao contrario, o máo exemplo pôde se encorajar pela pena e pela indemnisação, pois não será grande novidade affirmar que nos calculos dos especuladores possa entrar tambem o de ser ferido ou contundido por um homem de

grande fortuna. E quanto ao alarma dos bons, é nullo em tal hypothese.

Mas ponderada devidamente a questão, para a isenção da penalidade não temos uma *compensação* por retorsão ou por falta de nexo causal, mas uma compensação por *concorrência de causas*, e o que cumpre averiguar é qual das causas concorrentes (*causa* significando a acção culposa, excluidos os factos naturaes intervenientes) foi a decisiva ou preponderante.

A questão torna-se, pois, em questão de *causalidade*, e tal é a sua feição moderna (SETTI, PUGLIA, SCHUTZE, MOSCA, etc.).

E' de notar primeiramente que não ha sempre uma equação ou relação de igualdade entre a culpa do agente, daquelle cuja acção ou omissão traz a possibilidade de um damno, e a culpa de quem commette ou omitta um acto de que póde resultar um mal para si proprio.

Este sómente, diz SETTI, não offende directa, nem indirectamente a segurança ou tranquillidade dos outros cidadãos, e applicavel lhe é muito bem o brocardo: *quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*. Para que possa ser considerado causa do damno soffrido, necessario é que tenha tido a consciencia do perigo a que pelo proprio facto se expoz, e que podendo evital-o, o tenha affrontado. Foi a causa primaria de seu mal, e neste sentido *causa primaria* póde querer dizer *unica*."

Assim, é necessario que a *culpa da victima seja tal que sem ella o mal não teria acontecido*, para que cesse a responsabilidade de quem concorreu para o evento.

A imprudencia da victima, diz LAURENT, não influe sobre as condições de responsabilidade de quem foi causa do effeito lesivo, excepto se se provar que o evento devia attribuir-se sómente á culpa da parte offendida.

Assim não acontecendo, e a culpa do prejudicado, não prevalecendo como causa primaria, necessaria, directa, absorvente do damno, concorra com outra culpa, ella não isenta de toda a responsabilidade quem representa esta culpa, esta concausa."

198. — Ainda em relação do dispositivo do art. 24, e com referencia á *intenção criminosa*, como se expressa, ou á *má fé*, como equivalentemente se enunciava o anterior codigo, art. 3.º, surge a importante questão de saber se constitue materia de direito ou de facto, e nesta ultima hypothese, se deve ser submettida ao conhecimento do jury.

Aventada no regimen do anterior codigo, soluções diversas foram apresentadas. Entendendo que era questão de facto, muitos juizes adoptaram a pratica de sujeitar ao conhecimento do jury o seguinte quesito: *O réo praticou o facto tal com conhecimento do mal e intenção de o praticar?*

Contra semelhante pratica, que THOMAZ ALVES qualifica de abusiva e injuridica, se manifestou a Relação da Côrte, por accórdam de 23 de agosto de 1850, decidindo que não se devia propôr quesito sobre o assumpto por que não importava declaração de facto.

De accôrdo com esta decisão, THOMAZ ALVES sustentava que se tratava de uma “questão prejudicial ou elementar, que existe tacitamente na solução de qualquer facto criminoso por lei. Desde, pois, que se submete ao conhecimento do jury a questão de facto, claro está que nella implicitamente se inclue a doutrina do art. 3.º (do anterior codigo).

A resposta affirmativa reconhece *in mente* aquelles requisitos do art. 3.º, e, uma vez que taes requisitos se não dêram a resposta negativa é a consequencia rigorosa, sem necessidade mais de uma questão de direito absoluto ou doutrinario.

Assim se difficultariam as absolvições inconsideradas de muitos réos.” No mesmo sentido opinava FRANCISCO LUIZ, considerando o art. 3.º do anterior codigo como complemento do art. 2.º, a consagração geral de uma these, de um principio philosophico e theorico de direito criminal, que, como toda a regra, tem suas excepções ou modos de applicação pratica nos casos do art. 19 da Lei n. 2.033, e dos art. 10, 13, 14 e 18, § 1.º, do codigo. E que vaga e indeterminadamente não devia ser proposto quesito algum ao jury sobre a materia do art. 3.º, do codigo.”

Decidindo, porém, que era questão de facto, mas que não devia ser submettida ao conhecimento do jury, por se achar reproduzida nas disposições sobre dirimentes e justificativas, veio o Aviso n. 133, de 14 de abril de 1858, declarando que “no julgamento do jury não se devia propôr a questão em tal generalidade, não porque seja materia de direito, ou porque não possa o jury conhecer da intenção do réo, como lhe é facultado pelo art. 18, § 1.º, do codigo (correspondente ao art. 42, § 1.º, do codigo vigente), mas pela razão de que o artigo citado (art. 3.º) expressamente declarou a necessidade da intenção, como elemento do crime e condição essencial para a imputação; e a doutrina nelle estatuida acha-se reproduzida nos arts. 10 e 13 do codigo criminal (arts. 27 e 32 do vigente), em os quaes se apontam todas as hypotheses legitimamente comprehendidas naquella disposição generica, sobre a qual seria sempre perigoso propôr um quesito em termos tão vagos e indeterminados.”

Por esta intelligencia se manifestou o cons. LIBERATO BARROSO, e contra PAULA PESSOA e BRAZ FLORENTINO.

Diversos julgados referentes a crimes functionaes consideraram os casos do art. 10 como meramente exemplificativos, e admissivel a allegação de ausencia de má fé, decisões, como bem nota FRANCISCO LUIZ, que se contrapunham, não só ao principio geral que é inadmissivel, como excusa, a ignorancia de direito, como tambem porque se tratando de empregados publicos, licito não era a invo-

cação de boa fé, em face do art. 153 do código, como aliás decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, em 25 de julho de 1855 e 17 de fevereiro de 1877.

Mas bem ponderada a questão, de toda a procedencia é a solução constante do citado Aviso de 1858, não só quando considera a materia do art. 3, como questão de facto, como também quando decide que não deve ser submettida ao jury, em tal generalidade, porque, além de perigosa, dando logar a abusos, em detrimento da justiça, como já accentuava THOMAZ ALVES, a materia daquelle artigo já se achava reproduzida no art. 10, que encerrava as hypotheses possiveis, a juizo do legislador, comprehendidas naquella disposição generica.

Trata-se de materia de facto, do elemento psychico necessario para dar á acção o character delictuoso, de violação ou infracção punivel, elemento só apreciavel quando manifestado pelos actos do agente, pelas circunstancias occorrentes.

E', pois, uma questão a apreciar em cada caso, e de cuja constatação resultará a culpabilidade do agente, nos termos da lei. De outro lado, para semelhante constatação, não ha necessidade de quesito especial, porque o seu reconhecimento ou negação resultará da solução dada a qualquer das hypotheses dos arts. 27 ou 32 do vigente código, segundo o systema do questionario, que é o adoptado para o nosso jury.

Em contrario, porém, têm doutrinado illustres magistrados.

FIRMINO WHITAKER, sustenta que o art. 24 do código penal vigente enuncia, mas não restringe, as excusas que podem ser apresentadas pelos réos.

Devendo ficar impunes todos os actos em que não ha vontade intelligente, o código enumerou as causas mais frequentes desse estado, comprehendendo as outras na disposição generica do seu art. 24. Se assim não fosse, nenhuma explicação haveria para a existencia deste artigo, pois nos códigos penaes, não devem ser incluídos preceitos meramente scientificos e sem utilidade pratica.

Contém o art. 24 uma fórmula geral, comprehensiva da multipicidade de infracções penaes sem dolo ou culpa, que escapam aos detalhes do art. 27 e que devem, entretanto, ter defesa, conforme antes já preceituava a nossa lei processual.

Se esta doutrina é perigosa, peor é a condemnação de quem deve ser absolvido; e entre a contingencia de ampliar-se abusivamente o preceito do art. 24 e a de punir-se o innocente, é preferivel, sem duvida, que prevaleça a interpretação favoravel ao direito de defesa."

MORAES MELLO JUNIOR também entende que as causas que excluem a criminalidade da acção ou a culpabilidade do agente, indicadas nos arts. 27, 32, 120, 322 e 335, do código penal, não são as unicas juridicamente possiveis.

Outras existem que, entretanto, não figuram em disposições expressas e especiaes do mesmo codigo, embora devam estar comprehendidas na generalidade do seu art. 24.

Quando uma destas causas, não previstas expressa e especialmente no codigo penal, fôr allegada em defesa ou surgir dos debates, o juiz, presidente do tribunal, deve organizar quesito sobre a defesa allegada, *comtanto que o mesmo presidente o considere como capaz de excluir a criminalidade da acção ou a culpabilidade do agente*, em face do preceito generiso do art. 24 do cod. penal.

Não deve, porém, perguntar ao jury, em formula abstracta, *se o réo agiu sem intenção criminosa*, o que é muito vago e de certo modo se oppõe ao nosso systema de questionario, mas em formula concreta e adaptada ao caso vertente, se — *o réo agiu em taes e taes circumstancias*, allegadas pela defesa ou resultantes dos debates ou do processo, circumstancias estas que, no entender d'elle, presidente, podem juridicamente excluir a criminalidade da acção ou a culpabilidade do agente, ou em summa, a *intenção criminosa* deste, em face do disposto naquelle art.

Tudo depende, pois, do criterio do presidente do tribunal; mas é sempre melhor confiar nelle do que aconselhar ao jury que, em casos teas, negue redondamente o quesito sobre o facto principal. Foi prevendo isto que na nota 52 do *Formulario Official*, e depois de se haver tratado dos quesitos sobre as excusas e justificativas expressa e especialmente previstas na lei penal, se declarou: — “Em regra não se devem preterir quesitos sobre factos allegados ou apresentados em defesa e tendentes á alteração dos delictos e das penas, á justificação dos crimes e á não imputação dos réos.”

A' essa argumentação tem-se opposto 1.º) Que fazendo taxativa a enumeração dos casos de excusas e de justificativas, nos arts. 27 e 32, o legislador não tornou meramente scientifico e sem utilidade pratica o preceito geral do art. 24, porquanto editando-o, o fez como norma legislativa, para evitar a repetição, em cada qualificação de crime, da indicação do elemento moral, da intenção de delinquir.

E' exactamente a mesma funcção que exerce o dispositivo geral do art. 45 do codigo penal italiano, segundo se lê na *Relazione al Re*, p. 36.

E' certo que em determinados casos o legislador ainda faz referencia ao elemento intencional, servindo-se indistinctamente dos termos — *maliciosamente* (arts. 189 e 337), *voluntariamente*, *simulando* (arts. 219, §§ 2.º e 3.º e 264), *sabendo ser falso* (artigo 250), *scientemente* (arts. 253, 259, § 3.º), *prévio conhecimento* (art. 283), *vontade criminosa* (art. 160, § 3.º), etc.; mas se assim procede é para evitar má applicação da lei, para que não se considerem crimes factos em si alheios á lei e que só podem ser nesta comprehendidos,

quando praticados sob determinadas condições ou com intuitos especiaes anti-juridicos, como tambem para que não sejam confundidos delictos differentes, nos quaes o facto material é identico.

E' assim que, observa MORAES MELLO, no crime do uso de papel falso o legislador indica a condição da *sciencia da falsidade do papel que se usa como verdadeiro*, para não se suppôr que a lei pune o uso do papel falso, na ignorancia da sua falsidade; que no crime do art. 267 sem o emprego do *meio determinado da seducção*, do *engano* ou da *fraude*, não se pôde considerar o defloramento como facto punivel; e que o *fim especial de obter dinheiro, etc...* como *preço da libertação da pessoa sequestrada*, distingue o crime do art. 362 do art. 181 do cod. penal, nos quaes o facto material — o *sequestro da pessoa* — é o mesmo.

2.º) Porque o systema adoptado pelo legislador, quer quanto á incriminação, quer quanto á isenção ou attenuação da responsabilidade é o das enumerações taxativas, de sorte a evitar arbitrio, só concedido em determinados casos, e de modo explicito, como faz certo o conjuncto de disposições da parte geral, e especialmente o art. 61.

“Se os arts. 27 e 32 não comprehendem todos os casos, pondera JOÃO VIEIRA, o defeito foi do legislador.

O art. 42 § 1.º não fornece argumento contra essa intelligencia, porque a respeito da attenuante nelle prevista não se formula quesito, e no caso de abuso, o reconhecimento de uma attenuante será menor do que o da absolvição de criminoso. Achar-se-á pouco a força irresistivel do art. 27 § 5.º que se pôde prestar a tudo? A intelligencia contraria é ainda mais prejudicial nos crimes de funcionarios publicos, porque a ignorancia destes já é um crime conforme o art. 210 do codigo.”

3.º) A nota 52 do *Formulario Official* não tem, nem pôde ter o alcance pretendido, porquanto presuppõe o estatuido no codigo, cujas disposições não pôde modificar de qualquer forma.

## 199. — Jurisprudencia brasileira.

I. Não ha crime sem o concurso de dois elementos essenciaes: um material ou *força physica* do delicto, que consiste na acção ou omissão violadoras do direito; outro moral ou *força moral* subjectiva, que consiste na união da *intelligencia* e *vontade* do sujeito activo do delicto (*Accord. do Supr. Trib. Federal*, de 27 de outubro de 1909).

II. Intenção criminosa não existe, havendo controversia sobre estar ou não em vigor a lei penal que se diz infringida (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 20 de junho de 1893).

III. Em uma operação cirurgica o operador não age com imprudencia, deixando de procurar o auxilio de outro collega.

Tão pouco existe imprudencia por não haver tentado recursos extremos (*Acc. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 2 de agosto de 1899).

200. — Jurisprudencia estrangeira.

FRANCEZA.

I. Attendu que l'art. 5 du dévis général des ponts et chaussées, en date du 25 aout 1833, n'a nullement pour objet des interêts de sécurité publique, mais s'applique aux rapports de l'administration et de l'entrepreneur pour la bonne et prompte confection des travaux entrepris; une semblable décision ne peut, en aucun cas, être assimilée aux réglemens, dont parle l'art. 319 du Code Penal (*Cour de Cassation*, 12 mai 1848).

II. Résulte de l'instruction et des dépositions des témoins qu'il y a eu imprudence grave de la femme David à entreprendre, et surtout à continuer un accouchement laborieux au-dessus de ses forces et à n'avoir point appelé de médecin, pour aider dans cet accouchement, dont elle connaissait le danger (*Cour de Cassation*, 18 septembre 1817).

III. La chute de la frise et du fronton du temple d'Étoile, alors en construction, est due à l'insuffisance du lit de pose et au défaut de cohésion; c'est dans cette double défectuosité qu'il faut reconnaître la cause principale et affective de l'avenement qui a occasioné la mort et les blessures des ouvriers; cette cause accuse, tout à la fois, la conception du projet et son exécution, l'imprudence et la négligence de ceux qui ont participé à cette construction défectueuse et dangereuse de l'architecte et des entrepreneurs (*Cour de Cassation*, 8 mars 1867).

IV. Quand il est constaté souverainement qu'un accident suivi de mort a été causé par l'imprudence, l'inattention, la négligence et l'inobservation des réglemens imputables au prévenu, il n'importe que la victime de cet accident ait elle même commis une inobservation des réglemens ou une imprudence (*Cour de Cassation*, 16 novembre 1888).

No mesmo sentido as decisões de 16 de junho de 1864, de 4 de novembro de 1865, de 21 de janeiro de 1870, de 22 de fevereiro de 1883).

V. Ne sont ni équivoques ni contradictoires les constatations d'un arrêt qui relève à la charge d'un inculpé d'homicide involun-

taire une double faute: la première, d'avoir négligé de se conformer au règlement de police qui enjoint aux conducteurs de voitures de *mettre leurs attelages au pas dans les rues* ou se produit un *encombrement*; la seconde, de *n'avoir pas arrêté ses chevaux* avant d'atteindre la victime de l'accident que, d'après son aveu, il avait aperçue à mètres (*Cour de Cassation*, 9 mars 1888).

### ITALIANA

VI. Pel delitto, a differenza della contravvenzione, ci vuole l'elemento intenzionale di fare ciò che succedette (*Cass.* 23 giug. 1890).

VII. Risponde di lezione volontaria e non soltanto colposa colui che con l'intenzione di ferire fa l'atto di menare un colpo di falce all'avversario, il quale per la necessità di riparare il colpo afferra con la mano l'arma e si ferisce (*Cass. Roma*, 12 magg. 1891).

VIII. Non potendosi invocare nelle contravvenzioni, la buona fede non elimina la responsabilità del proprietario, per non aver presentato un quadrupede alla rivista la circostanza che egli ne avesse dato incarico ad un suo dipendente il quale per mera dimenticanza non l'abbia eseguito (*Cass. Roma*, 18 giug. 1891).

IX. Perché esista la contravvenzione all'art. 42 della legge sanitaria basta la semplice volontarietà dell'atto della vendita e non è necessario che sia dimostrato la volontà di commettere un atto contrario alla legge (*Cass. Roma*, 27 lug. 1891).

X. Per la sussistenza della contravvenzione basta la materialità del fatto e la volontarietà dell'azione (*Cass. Roma*, 25 magg. 1891).

XI. Concorre l'elemento intenzionale nelle contravvenzioni quando è volontario il fatto materiale che lo costituisce, né è necessaria la volontarietà di violare le leggi (*Cass. Roma*, 18 giug. 1891).

XII. Nella contravvenzioni per regola non si chiede la prova che l'agente abbia voluto il fatto contrario alla legge oggetto del reato bastando che si sia commessa l'azione o la omissione che ha determinato la contravvenzione, la quale non può essere esclusa che da una volontà contraria. Né una precedente assoluzione può dare diritto all'impunità per fatti successivi ed essere elemento di buona fede (*Cass. Roma*, 22 apr. 1891).

XIII. In materia contravvenzionale la buona fede del contravventore non paralizza la costui responsabilità (*Pret. Santa Fiora*, 18 ott. 1890).

XIV. E' apprezzamento di fatto escludere la buona fede (Cass. Roma, 28 giug. 1890).

XV. Nelle contravvenzioni non si deve indagare se l'imputato avesse la volontà di violare la legge; ma basta constatare che il fatto costituente la contravvenzione é volontario (Cass., 22 novembre 1890).

XVI. Per l'essenza della contravvenzioni richiedesi il fatto materiale contra la legge e la volontarietà dell'atto o dell'omissione, elemento questo che nelle contravvenzioni si presume e non puô esser escluso che con la prova di una contraria volontà. Applicazione al porte di armi senza licenza (Cass. 13 magg. 1890).

Art. 25. A responsabilidade penal é exclusivamente pessoal.

§ 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.

201. — E' principio dominante no direito publico moderno, orientador das legislações penaes, que sómente o delinquente fica sujeito aos effeitos penaes do delicto; por outra, que a responsabilidade criminal é *exclusivamente pessoal*.

E dizendo delinquente ôtro ser não se comprehende senão o homem, e não as coisas animadas ou inanimadas, ao dominio historico pertencendo o processo e punição de animaes, de que vemos exemplos entre os hebreus (Exodo, 21, 28, o sacrificio do boi), e entre os antigos romanos, o que se explica, já por idéas religiosas, já por que se visava constatar, por um processo especial, o facto constitutivo do damno causado por animal afim de se responsabilisar o dono.

O principio da personalidade da responsabilidade criminal, garantia salutar da liberdade individual, além de mera traducção da justiça distributiva, proclamado pela revolução franceza (lei de 21 de janeiro de 1790), não era até então reconhecido, por isso que nos crimes de lesa-magestade e em outros crimes graves, as penas não eram pessoases, punindo-se ordinariamente, em França e em outros paizes, com banimento e confisco os ascendentes, descendentes e conjuge do delinquente. Nas Ords. de Portugal, liv. I, t. 74. pr., liv. V, t. 6.º §§ 1, 2, 4, 5, 9, 10, 11, 13 e 15, e no Alv. de 17 de janeiro de 1759, vemos applicada a pena de confisco contra aquelles que machinassem hostilidades contra o Estado, ou contra o imperante, e nos crimes de lesa-magestade a infamia, que segundo a Ord. liv. V, t. 6, devia ser applicada e que attingia os descendentes do delinquente, "*postó que não tivessem culpa*"

Vigorou entre nós tal legislação até que a nossa Carta Constitucional de 1824, inspirada nos princípios proclamados pela Revolução franceza, derogou-a naquelle ponto, estabelecendo que “*nenhuma pena passará da pessoa de delinquente; portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo que seja.*”

Este principio vem ainda reconhecido pela Const. Federal, estatuindo no art. 72 § 19 que — “*nenhuma pena passará da pessoa do delinquente*”, como tambem antes o fizera o codigo vigente.

De harmonia com o art. 25, o codigo declara como facto extinctivo da acção penal e da condemnação a morte do criminoso (arts. 71, n.º 1 e 72).

Ainda como reminiscencia historica, ficam o processo e condemnação de mortos, como admittit o direito romano, em caso de alta traição, concussão e peculato, e a execução que, em geral, se fazia nos bens do condemnado, e negação de sepultura (FERRINI), bem como a execução supplementar que, segundo o direito penal canonico, era feita na pessoa dos herdeiros do condemnado que morria antes da expiação da pena, os quaes eram obrigados á penitencia, geralmente consistente em uma obra pia (SCHIAPPOLI).

202. — Firmada a personalidade da responsabilidade criminal, o codigo ainda restringe o conceito, só admittindo a responsabilidade da *pessoa physica*, que segundo o art. 4 e outras disposições, póde ser individuo de qualquer nacionalidade, sexo, educação, gráo de civilização.

Ficam excluidas da categoria de sujeito activo do delicto, as *pessoas moraes* ou *juridicas*, entidades a que a lei dá a qualidade de pessoa para o exercicio de certos direitos e cumprimento de certas obrigações, preceituando o § unico do art. 25 que 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. *Societas delinquere non potest.*

O codigo, porém, não foi consequente com o principio estabelecido, por isso que no art. 103 commina a pena de dissolução contra a corporação que reconhecer algum superior fóra de paiz, prestando-lhe obediencia effectica.

Outra derrogação encontra-se no § 1.º do art. 22.

Fazendo-sómente da *pessoa physica* o agente do delicto, o codigo manteve, em anteposição á moderna *theoria realista*, assim chamada porque faz da pessoa juridica, não uma *ficção*, mas uma *realidade* (GIERKE, REGELSBERGER, DERNBERG, MERKEL, LISZT, JOSÉ HYGINO, AMARO CAVALCANTI,) manteve, repetimos, a doutrina romana que, levada ás ultimas consequencias por seus interpretes, especialmente SAVIGNY, se tornou predominante nas legislações.

Para essa doutrina, a pessoa jurídica não tem realidade, é uma criação artificial para servir de sujeito ao direito dos bens, e, por isto que é mera entidade, só pôde agir por intermedio de individuos como seus representantes, segundo as regras do mandato, quer em relação a estes, quer em relação a terceiros, e isto quer se manifeste em forma de *corporação* (*universitas personarum*), isto é, ligando-se a collectividade de pessoas physicas, que aliás se podem substituir por outras, cujo interesse promove, quer em forma de *fundações* (*universitas bonorum*) não se ligando a collectividade de pessoas, mas visando a realização de uma idéa.

Assim, restricta a capacidade das pessoas juridicas aos direitos e obrigações referentes ao patrimonio, argumentam os sectarios da doutrina, não é possivel que possam commetter crimes. Poderá succeder que no desenvolvimento de sua actividade licita se desviem para actos illicitos, mas em tal caso a pratica destes importará apenas a sancção do direito privado ou do direito administractivo, estatuindo o codigo civil, art. 21, n.º III, que se a pessoa juridica, autorizada a funcionar, incorra em actos oppostos aos seus fins ou nocivos ao bem publico, o governo poderá decretar sua dissolução, cassando-lhe a autorização para funcionar.

Agindo por intermedio de seus representantes, estes só têm este character enquanto se mantem na esphera traçada pela lei, e, assim, se exorbitando de suas funções, commettem um delicto, não o podem fazer pela pessoa juridica, mas por conta propria, mesmo que proveito possa advir á representada, por isso que se trata sempre de abuso de funções.

Tão illogico e iniquo seria punir as pessoas juridicas pelos crimes de seus representantes, embora commettidos em proveito dellas, como punir os pupillos e interdictos pelos crimes de seus tutores ou curadores, ainda que perpretados para lucro delles, e no exercicio das funções da tutela ou curatela. O expendido tem ainda lugar, e pela mesma razão, ainda que todos os membros ou todos os representantes do corpo ou communiidade tivessem decidido o delicto ou participado de sua execução, por isso que não era a vontade attribuida pela lei á pessoa juridica que se exercitava, mas vontade diversa, exclusiva dos infractores ou delinquentes. E não ha que distinguir entre delictos e contravenções de policia, porque estas não podem tambem ser commettidas pelas pessoas juridicas, por isso que requerem a voluntariedade do facto.

O principio não impede que se admittam na campo do direito penal as *societas sceleris*, associações de malfeitores, bandos ou grupos criminosos, como vêm qualificadas em diversos codigos, porque diz PESSINA, nestes casos a associação para o crime não é o sujeito, mas sim a materia do crime, os individuos que della fazem parte são pessoalmente responsaveis.

203. — Do principio da personalidade da responsabilidade criminal, firmado pelo código, e admittido geralmente na pratica judiciaria daquelles paizes, cujos codigos não contém/egual dispositivo, defluem duas consequencias, a saber: 1.º) no ponto de vista processual, a acção penal não pôde ser exercida contra a corporação ou sociedade, mas individualmente contra os membros que delinquiram, ou, nos termos do § unico do art. 25 do código, contra cada um dos que participaram do facto criminoso; 2.º) no ponto de vista da penalidade a multa deve ser pronunciada individualmente contra cada membro ou administrador da corporação ou sociedade, e não collectivamente contra uma ou outra.

Quanto a este ultimo ponto, em questão connexa, o Dr. GEMINIANO DA FRANCA, então juiz da 3.ª Vara Criminal do Districto Federal, julgou em 18 de maio de 1908 que a multa, pela infracção commettida, pelos membros de uma firma social, deve recahir integralmente sobre cada um dos culpados, porquanto a solidariedade só é entendida para a responsabilidade das perdas e danos e das restituições. "O código penal não se afastou do que ensinam os tratadistas.

O art. 25 estatue de um modo preciso e claro o character pessoal da pena, ainda quando na infracção penal tomarem parte os membros de uma corporação ou sociedade.

Admittida, como quer o recurso, uma unica multa para todos os delinquentes e a consequente responsabilidade parcial de cada um exclusivamente pela quota, que lhe tocasse pela divisão da pena, seria em muitos casos burlada a execução da sentença. Dir-se-á, porém, que cobrada integralmente de um dos delinquentes a importancia da condemnação, este ficaria com direito de haver a quota dos outros. Mas qual será o processo regular da cobrança?

O estabelecido pelo Decr. de 1849? Ninguem o dirá.

Será o processo civil commum? Tambem não, porque se trata de uma execução de pena criminal.

Figure-se que, antes de exgotado o prazo legal para a sentença passar em julgado, falleça um dos co-réos.

Pela theoria da divisão da multa egualmente por todos os culpados, os sobreviventes não poderiam, dado o character pessoal da pena, ficar responsaveis pela quota do fallecido, e neste caso a multa soffreria uma diminuição não cogitada pela lei.

Muitas e variadas hypotheses podem ser aventadas, mostrando á sociedade o absurdo da solidariedade da pena, como a entende e quer o recurso."

204. — Se as pessoas juridicas não podem ser sujeito activo de crime, podem, porém, ser sujeito passivo

Effectivamente, se não podem ser lesadas em seu corpo, podem, entretanto, sel-o por infracções que ponham em perigo sua existencia

legal, que attentem contra sua honra, sua consideração, seu credito, seus interesses materiaes.

Que semelhantes interesses moraes ou materiaes possam ser objecto de uma infracção, duvida alguma pôde haver.

Entre taes seres juridicos, o Estado occupa o primeiro lugar, e immediata ou directamente pôde tornar-se o objecto de delictos que visem destruil-o, mudar ou perturbar a ordem publica estabelecida pela constituição, que ameacem a integridade de seu territorio ou da sua independencia, que compromettam suas relações internacionaes, ou que acarretem prejuizo á sua fortuna mobiliario ou imobiliario (n.º 80).

Mas, como já notamos, deficiente é a protecção outorgada pelo codigo ás pessoas juridicas, porquanto não se estende aos Estados estrangeiros, susceptiveis, entretanto, de serem offendidos em territorio brasileiro (n. 53).

Art. 26, Não dirimem nem excluem a intenção criminosa :

- a) a ignorancia da lei penal;
- b) o erro sobre a pessoa ou coisa 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.

205. — Neste artigo, cuja fonte é o art. 29 do codigo penal portuguez, o legislador, no intuito de dissipar duvidas e controversias, verificadas na doutrina, com reflexo na jurisprudencia, procurou determinar os factos que exercem influencia sobre a imputabilidade, por isso que não excluem a intenção criminosa.

Desde logo, porém, no corpo do artigo, incide no vicio de empregar termos inuteis, por isso que são synonymos.

Effectivamente, como bem nota MACEDO SOARES, usa ahi dos termos — *dirimem* — *excluem*, parecendo exprimir em cada vocabulo relações juridicas diferentes.

*Dirimir* quer dizer — *annullar, acabar* e, no caso do art. 26, é synonymo de *excluir* (do latim — *excludere*, deixar fóra).

O sentido daquelles dois vocabulos é um só : significam que a ignorancia, o erro e o consentimento, em casos das letras *a, b* e *c* não *isentam* da responsabilidade penal, porque ha sempre intenção criminosa no acto incriminado.”

Isto posto, apreciemos os casos enumerados.

206. — Em logica, a *ignorancia* e o *erro* se differencam em consistir aquella na ausencia de todo o conhecimento, e o erro na falsa noção sobre um objecto, ou melhor, na não conformidade entre a representação e a realidade.

Assim, a ignorancia é um estado negativo do espirito, e o erro um estado positivo, um juizo falso, por isso que affirma entre a idéa e um objecto um accordo ou relação de conveniencia que não existe. Quanto aos seus effeitos juridicos, especialmente quanto a imputabilidade penal, se equivalem, por isso que, quer na ignorancia, quer no erro, se observa ausencia de noção verdadeira sobre um objecto e o que é essencial no assumpto, é a ausencia de noção verdadeira. Dahi pórque se tomam como termos synonymos, mais frequente, porém, sendo o emprego do termo *erro*. Distincções se fazem do erro, segundo seja considerado em relação ao *objecto* sobre que versa, em relação á sua *causa*, e em relação á sua *influencia* sobre a criminalidade da acção.

Em relação ao *objecto*, o erro pôde ser de *direito* ou de *facto*.

Ha *erro de direito* quando o agente conhecendo bem a qualidade, condições e effeitos da acção, ignora a existencia da regra legal que a prohiibe, ou quando conhecendo a regra legal se engana sobre a sua applicabilidade ao acto que vae commetter.

Ha *erro de facto*, quando o agente conhecendo a regra legal, engana-se sobre as condições particulares da acção.

Em relação á *causa*, o erro é *vencivel* ou *superavel*, quando podia ser evitado, agindo o agente com prudencia, fazendo uso de seus sentidos e razão, e *invencivel* ou *insuperavel*, quando a diligencia mesmo mais exacta não podia evitar. Em relação á *influencia* sobre a criminalidade da acção, o erro de facto é *efficiente* ou *essencial*, quando suppondo-se verdadeira a ignorancia, a criminalidade da acção desaparece, por isso que recahe sobre os elementos constitutivos do crime e sem elles o crime não pôde ter existencia; é *concomitante* ou *accidental*, quando o erro recahe sobre circumstancias accessorias, ou effeitos resultantes de uma acção já em si criminosa, de modo que se não houvesse erro, ella persistiria com o mesmo character. Rememoradas estas distincções, de valor não só theorico, como pratico, apreciemos as disposições do art. 26.

207. — Na letra *a* do art. 26, estabelece o codigo que não exclue a intenção criminosa a *ignorancia da lei penal*.

E' regra que vemos tambem no codigo penal italiano, art. 44, e que vem do direito romano, expressa pelas maximas — *nemo jus ignorare censetur, ignorancia vel error juris non escusat*, e outras.

A razão da regra encontramos nas exigencias inelutaveis da defesa social, que precaria se tornaria se a lei penal não tivesse um imperio absoluto.

“Se se admitisse semelhante desculpa, escreve CARRARA, a lei tornar-se-ia *condicional*, subordinada a vontade de todo individuo que se quedasse insciente por descuido ou malicia.” A lei só dispõe para o futuro e não se torna obrigatoria senão depois de publicada e transcorrido um prazo determinado, que, não sendo fixado de

outro modo, é de 3 dias para o Districto Federal, de 15 dias para o Estado do Rio de Janeiro, 30 dias para os Estados maritimos e para o de Minas Geraes, 100 dias para os outros, comprehendidas as circumscripções não constituídas em Estados, quatro mezes nos paizes estrangeiros, depois da publicação official na Capital Federal (codigo civil, art 2).

Aissm, para a lei se tornar obrigatoria, é necessaria a *notoriedade de direito*, isto é, a sua publicação official na Capital Federal, o que se faz pelo *Diario Official*, bem como a *notoriedade de facto*, quando da publicação tenha decorrido o tempo fixado, que é julgado sufficiente para que a folha official possa ser divulgada e posta ao alcance de todos.

Satisfeitos esses requisitos, entende-se que a lei é applicavel a toda e qualquer pessoa, quer a tenha conhecido, quer não, porque todos estão no caso de a poderem conhecer e instruir-se acerca dos seus preceitos, devendo imputar a si o facto de a ter ignorado.

E' este, diz OBTOLAN, o alcance do adagio — *nemo jus ignorare censetur*; não encerra uma presumpção, como a muitos autores parece, entrando em subtilzas e distincções, porquanto a presumpção sendo uma consequencia logica tirada por indução do geral para o particular, do que communmente acontece, não se verifica em materia de conhecimento de leis, nem todos os individuos, ainda mesmo os profissionaes, podendo ter conhecimento do numero infinito de leis, quer comprehendidas no codigo, quer avulsas.

Isto posto, o principio ou adagio encontra justa applicação, tendo em vista a distincção fundamental que offerecem as infracções qualificadas pela lei, e attinente á sua natureza, de sorte a inflingir a pena em maior ou menor latitude, conforme o conhecimento ou não conhecimento do agente da prescripção legal.

Um as infracções são tambem acções immoraes, reprovadas pelo sentimento e pelo costumes; são acções que em si mesmas "*atrocitatem facinoris habent*, como o homicidio, o roubo, o furto, etc., os chamados *delicta juris gentium*. Para estes delictos, por isso que são taes em todos os tempos e em todos os paizes, é bem de ver que não pôde ter acolhida a allegação de ignorancia da lei penal.

Outras infracções existem que, em si mesmas, não passam de acções moralmente innocentes, mas que são vedadas por motivos de segurança social, segundo as necessidades particulares de cada paiz: são os *delicta juris civitatis*, constituídos em grande parte pela contravenções ou trasgressões de policia.

Nestes casos, licito é ao juiz apreciar a procedencia da allegação de ignorancia da lei, desde que haja *impossibilidade material absoluta* de conhecer sua existencia, caso em que a ignorancia pôde servir de motivo para attenuação da pena.

Tal o caso do estrangeiro recémvindo, ou do nacional que viveu em paiz extranho, foi retido longe do paiz, por doença e para ahi regressa sem poder conhecer a nova lei (PRINS).

Como pondera ORTOLON, são aspectos da culpabilidade individual, apreciaveis sómente pelo juiz, nos limites que a lei lhe concede para graduar a pena.

Na commissão de revisão do projecto, depois convertido no actual codigo penal italiano, FARANDA, ARABIA, CALENDIA, EULA e BRUSA entendiam que a ignorancia da lei, em casos taes, podia ser admittida até como escusa ou caso de não applicabilidade da lei, propondo o ultimo que mantido o art. 44 se accrescentasse: “No caso de contravenção a uma lei penal puramente positiva e particular, os juizes podem prescindir da punição, quando o agente ignorava a mesma lei sem culpa, seja por causa de circumstancias extraordinarias, seja por causa de uma permanença muito breve no paiz ou na circumscripção, na qual esteja em vigor a disposição de lei.”

Julgados de nossos tribunaes têm tambem levado o principio do *impossibilium nulla obligatio est* ao ponto de isentar de pena o estrangeiro infractor, em caso de ignorancia de prescripções locaes (n. 215).

Como se vê são abrandamentos ou limitações trazidas pela equidade ao rigor do principio, e que contidas em limites razoaveis e com fundamento de facto, devidamente apreciado, não tornam precarias as condições de defesa social.

208. — O nosso codigo falla em *ignorancia da lei penal*, e uma questão se apresenta, então, solucinada diversamente pelos criminalistas, e é de saber se a ignorancia de outras leis, civis ou administrativas, tem o mesmo effeito de não dirimir a intenção criminosa. Como exemplos, apresenta SETTI os seguintes: a) uma mulher, julgando-se herdeira do irmão e ignorando a promulgação de uma lei successoria agnaticia que a exclue da successão do irmão (de quem herda um terço), se apropria dos bens do *de cujus* e é accusada de furto de coisas hereditarias; b) um legatario, julgando o legado transmissivel *ipso jure*, delle se apossa sem pedir ao herdeiro; c) um individuo põe em circulação dinheiro papel, cujo curso foi retirado por lei que ignorava, por se achar no estrangeiro, etc.

CARRARA entende que a ignorancia da lei não penal deve ser equiparada á ignorancia de *facto*, e sujeitar-se ás mesmas regras para excluir ou limitar o dolo, desde que seja verosimel e sincera, solução adoptada por SETTI e JOÃO VIEIRA, este em face do nosso código, partindo do principio que “todas as leis são *factos* em sua essencia substancial.”

Quem nega ter furtado porque se achava investido da posse de uma coisa mediante um acto a que faltaram formalidades que

não preencheu, não invoca ignorancia de li penal, não se antepõe á vida juridica desta ou daquella lei, mas sómente adduz a ignorancia de uma *condição de facto* que lhe deverá ser util quanto aos effeitos da lei *penal*, embora lhe possa prejudicar quanto aos effeitos civis (SETTI). Contrá esta doutrina, que assimila assim o erro do direiño extra-penal ao erro de facto, com os mesmos effeitos, se oppõe LISZT argumentando que ha conceitos puramente juridico-penaes, o direito penal, como direito de protecção, toma seus conceitos muito mais aos demais ramos juridicos. No mesmo sentido OLSHAUSEN, HALSCHNER, BINDING, FINGER. LONING, BAR, KOHBRAUCH.

Entretanto, aquella doutrina é a dominante, e a que se amolda á letra do nosso codigo.

209. — O *erro de direito* póde occorrer quando o agente, sabendo da existencia da lei, se engana sobre a sua applicabilidade ao acto que vae commetter, suppondo-o, pela falsa interpretação dada, não comprehendido nas suas disposições.

Por exemplo, mata um homem hydrophobo para abreviar seus soffrimentos na convicção falsa de que os textos do codigo sobre o homicidio não são applicaveis á especie.

O agente suppõe assim erroneamente que a acção em geral illegal não o é no caso. O erro póde ainda verificar-se quando o agente suppõe erroneamente que a acção por elle reconhecida como illegal em geral está comprehendida em alguma das excepções que excluem a illegalidade.

Julga, por exemplo, que se acha em um caso de extrema necessidade ou de legitima defesa.

Em ambos os casos a supposição erronea de que a acção objectivamente illegal é legal não aproveita ao agente; não tem influencia o erro sobre o preceito imperativo ou prohibitivo em que assenta a lei penal, como tambem não tem a supposição erronea de que é illegal a acção em si não illegal, por isso que o chamado *crime putativo* não é crime nem tentativa de crime.

Esta ultima hypothese verifica-se quando o agente suppõe erroneamente ser illegal uma acção que não o é, quando suppõe erroneamente não dar-se uma circumstancia que exclue a illegalidade de certa acção em geral illegal, comquanto tal circumstancia se dê no caso occorrente.

Por exemplo, a sentinella, que faz uso da arma, suppõe que não estava autorisada a fazel-o (LISZT).

Assim, o erro de direito não constitue causa dirimente da responsabilidade. O poder judiciario não deve ter em conta as interpretações particulares; sómente elle tem por missão interpretar a lei e qualquer outra solução impediria o exercicio da justiça criminal.

A boa fé na interpretação erronea será quando muito um motivo de attenuação de pena ou de graça (PRINS).

210. — O erro de facto *efficiente* ou *essencial*, isto é, quando versa sobre os elementos constitutivos ou essenciaes da acção, exclue o dolo, por isso que a acção é então querida exactamente porque não era considerada criminosa. Assim, nos casos do envenenamento do enfermo, pela troca de remedios, em momentos de afflicção e desespero; da apropriação de coisas de que se julgava proprietario, quando são da propriedade de outrem, temos exemplos de erro *efficiente* e *essencial*, exclusivo da intenção criminosa.

Quando, porém, o erro *essencial* é *vencível* ou *superável*, pôde resultar a responsabilidade por culpa, se a acção fôr também qualificada como tal.

Por ex. : Pedro acreditando estar descarregada a espingarda, em brincadeira, aponta-a contra Paulo, e armando-a, dispara-a, cahindo Paulo ferido pelo projectil, de que estava carregada a arma. Ha erro *essencial* sobre os elementos essenciaes da acção, por isso que se suppunha descarregada a arma, que em tal hypothese mal algum poduziria, e, pois, ausencia de dolo.

Mas ha culpa, por isso que Pedro deixou de verificar se a arma estava realmente descarregada, cautela ditada por elementar prudencia, que empregada evitaria o resultado operado.

O erro, pois, em que cahiu era *vencível* ou *superável*, e Pedro é responsavel por homicidio culposo.

Quando o erro é *accidental*, isto é, quando versa sobre circumstancias não essenciaes em relação á acção considerada no seu conjuncto, deixando integra a intenção criminosa, nenhuma influencia exerce sobre a responsabilidade, ou sobre a penalidade.

Assim, diz LISZT, “teriamos crime doloso nos seguintes casos : um individuo, armado de um revolver carregado e na intenção declarada de matar, precipita-se sobre a sua amante; na luta esta toca o gatilho da arma e fere-se mortalmente. — A lança B da ponte para afogal-o; B bate de encontro ao pilar da ponte e esmaga o craneo.”

E’ ao erro *accidental* que se refere o codigo quando precentúa que *não dirime nem exclue a intenção criminosa o erro sobre a pessoa ou coisa a que se dirige o crime*, disposição que traduz a doutrina aceita por todos os criminalistas e tribunaes. Qu’importa, pergunta LIMA DRUMMOND, que o proprietario da coisa roubada seja Pedro ou Paulo, quando se a quiz roubar e se a roubou ?

Figure-se o caso typico do homicidio e ver-se-á sem difficuldade que nenhuma importancia pôde haver no facto de ter sido Caio victimado em lugar de Ticio, por Sempronio. O homicidio (*homicinis coedes*) é a morte de um homem e pouco importa que esse homem seja Caio ou Ticio.

O que é *essencial* para a incriminação é o attentado pela morte contra a pessoa humana.

A circumstancia de ser esse pessoa Caio ou Ticio é meramente

*accidental* para a constituição organica e para a natureza intima do crime de homicidio.”

E' de distinguir, porém, o erro quando versa sobre a *identidade* da pessoa, como no exemplo dado, do erro que versa sobre o *estado* ou *qualidade da pessoa*. Neste caso, se o estado entra como elemento da configuração do crime, qualificando-o, o agente não pôde ser responsavel por essa forma-qualificada, e sim pela simples. O erro exclue, então, a criminalidade especial, de que é elemento constitutivo o estado, pela ausencia de intenção. Assim, o individuo que mata outro, ignorando ser seu pae, não é responsavel por homicidio qualificado (art. 294, § 1.º), mas por homicidio simples (art. 294, § 2.º). E' a doutrina dominante (HAUS, PESSIN, TOLOMEI SETTI, etc.).

211. — O erro sobre a identidade da pessoa pôde ocorrer em duas situações differentes : a) o agente, querendo matar ou ferir Pedro, mata ou fere João que toma por Pedro: é o caso typico do erro sobre a pessoa da victima (*error in persona*); b) o agente, querendo matar ou ferir Pedro, dirige mal a arma e attinge, sem querer, a João: é o caso da *aberratio ictus* ou *aberratio rei* (desvio do golpe ou de pontaria).

No primeiro caso, o accordo é geral para se reconhecer a unidade de crime, aquelle que o agente tinha resolvido commetter (morte ou lesões corporaes), e nas condições em que o tinha resolvido (com ou sem premeditação).

No segundo caso, porém, não reina accordo entre os criminalistas e os julgados.

Jns decompondo a acção, declaram que ha dous delictos: tentativa ou homicidio voluntario quanto á victima intencional attingida ou não, e delicto culposo, por imprudencia quanto á victima attingida involuntariamente.

E' o caso da *culpa dolo determinanda*.

Collocando-se neste ponto de vista, HAUS admite mais que, segundo as circumstancias, pôde acontecer que, em vez de um crime doloso e outro culposo, sejam ambos dolosos.

Desfecha-se uma arma de fogo sobre Pedro com a intenção de matal-o e o tiro attinge e mata Paulo ou attinge e mata ambos. Haverá dois crimes intencionaes consummados se, dadas certas condições, só por uma circumstancia inesperada e feliz, o projectil deixasse de attingir a Paulo, porque então o agente quiz *eventualmente* o mal que causou a Paulo e que era uma consequencia necessaria, ou pelo menos, habitual do acto por elle praticado.

Tal o caso de se achar Paulo ao lado de Pedro, quando foi este alvejado.

Outros não vêm na acção senão um crime, que deve ser apreciado segundo a intenção do agente : crime tentado ou consummado,

ou emfim ausencia de crime se o agente se achava em estado de legitima defesa.

A culpabilidade, pois, em caso de *aberratio inctus* deve ser apreciada subjectivamente, nas relações do agente com sua victima intencional e não com a victima real.

Como ensina LISZT applica-se tambem aqui o principio que rege os casos de erro, segundo o qual só se deve ter em conta a não conformidade essencial entre a representação e o resultado, de sorte que a imputação do resultado ao dolo do agente ora é inadmissivel, ora inevitavel.

Se o ladrão de caça fez pontaria sobre a mais bella cabeça de um rebanho de camurças, mas em consequencia da *aberração* do tiro feriu uma outra cabeça de qualidade inferior, certamente não se pôde considerar essencial esta não conformidade entre a representação e o resultado.

O mesmo deve-se dizer se em uma rixa geral na taverna o golpe recahiu sobre outro individuo que não o adversario que o agente tinha em vista.

E' uma solução, diz VIDAL, mais conforme á natureza mesma das coisas, e mais geralmente admittida e consagrada pela jurisprudencia franceza, e a que deu preferencia o autor do nosso codigo, como vamos ver.

212. — LIMA DRUMMOND louva nosso legislador por seguir o codigo portuguez, consignando no art. 26, letra *b*, uma regra geral sobre o erro de facto, applicavel a diversos crimes, e não sómente ao homicidio e as lesões corporaes, como fazem os demais codigos, e ainda por melhorar a dicção do codigo portuguez porque a expressão — *intenção criminosa* — usada pelo nosso codigo, no referido artigo, traduz rigorosamente o conceito scientifico de que se cogitou, referindo-se exclusivamente aos crimes dolosos; ao passo que a expressão — *responsabilidade criminal* — usada pelo legislador portuguez, no art. 29, n. 3. do respectivo codigo, abrange tambem os crimes culposos.

Censuras, porém, merece por não usar de uma formula bem comprehensiva das figuras do erro e da *aberratio inctus*, que entende serem coisas distinctas, como taes sendo consideradas pelo codigo italiano, que no art. 52 se refere ao erro e a *outro qualquer accidente*.

“Usando desta formula, preveniu-se sabiamente no novo codigo penal italiano, quer a hypothese do erro de pessoa, propriamente dito, quer a *aberratio inctus*, e outras semelhantes. O mesmo, porém, não succedeu em Portugal e no Brazil onde sómente do erro se cogitou.”

Respondendo á critica assim feita, o cons. BAPTISTA PEREIRA nota primeiramente que não se justifica a preferencia que LIMA DRUMMOND dá á solução formulada por HAUS, vendo o concurso

de dois delictos distinctos na *aberratio ictus*, um doloso e outro culposo, ou ambos dolosos, conforme as circumstancias, porque tal doutrina não se recommenda pela exactidão, conforme as hypotheses que formulou, nem tão pouco que houvesse conciliado, e muito menos de um modo engenhoso, as duas opiniões divergentes — uma que sustenta haver na *aberratio* dois momentos delictuosos, um crime doloso e outro culposo, — e outra que sustenta haver nella sómente um crime doloso. Faz ver que “o nosso codigo aceitou o conceito doutrinario que na *aberratio* só ha um crime doloso; este conceito, defendido por criminalistas da maior autoridade como VON LISZT, KOSTLEIN, WACHTER, PESSINA e GARRAUD, foi consagrado expressamente no § 3.º do art. 66 do nosso codigo penal. E, em verdade, na *aberratio* só ha um crime, porque subsiste sempre o *nisus voluntatis*; a unidade de acção corresponde á da intenção que não muda, e permanece integra”. Explicando o ponto de vista em que se collocou, em confronto com o do codigo italiano, diz: “O codigo penal, no art. 26, letra *b*, encarou a influencia do erro subjectivo na *relatividade da intenção* do agente; o legislador italiano, no art. 52, o considerou na *sua influencia sobre a pena*.”

Em outros termos: segundo o conceito do legislador brasileiro o erro accidental de facto não dirime a intenção; segundo o do legislador italiano, o erro, ou *qualquer outro accidente*, é estimado na sua efficacia quanto ás circumstancias aggravantes ou attenuantes do crime, já para se não imputarem ao agente as aggravantes que derivam da qualidade da pessoa offendida ou prejudicada pelo erro, já para que lhe aproveitem aquellas circumstancias que poderiam fazer dirimir a pena, se o erro tivesse sido commettido em prejuizo da pessoa contra quem a acção foi dirigida. Em segundo logar importa ponderar que o erro comprehende o accidente, que outra coisa não é senão o proprio erro, subjectivo ou *in re*, erro *in persona* (enganho a respeito da pessoa), erro de pontaria (desvio do golpe). Não se depara na *aberratio ictus* outra figura distincta do erro, com feição característica: por isso seria ocioso alludir, a *qualquer outro accidente*, ou a *qualquer outra coisa*, expressões usadas indistinctamente para significar a mesma idéa porque tudo está implicito no erro.

O problema não ficou, portanto, insolúvel por imprevidencia do legislador brasileiro, do mesmo modo que a essa imprevidencia não se pôde attribuir não haver transportado para o nosso o conteúdo do art. 52 do cod. italiano.

Nem todas as questões são resolvidas por um texto de lei; resolvem-nas os principios doutrinarios.”

Pelo expendido se vê qual a doutrina acolhida pelo codigo, e, assim, aclarada a *mens legis* no ponto discutido.

Entretanto, dando outra interpretação, com a acolhida da dou-

trina oposta, como foi formulada por HAUS, apontam-se julgados de nossos tribunaes (n. 215).

213. — Formas intermediaes entre a ignorancia de direito e erro de facto podem occorrer, e cuja influencia sobre a responsabilidade cumpre apreciar.

Assim, por exemplo, a ignorancia da idade menor de 16 annos da offendida em caso de estupro (arts. 268 e 272).

A allegação de tal ignorancia pelo agente do crime não póde ter acolhida como escusa da responsabilidade, por isso que não se trata do erro *de facto essencial*, mas de uma presumpção *juris et jure*, “Basta considerar, diz SETTI, que o legislador presumindo incapazes de consentimento sério e livre em taes pessoas, considerando difficil a defesa de si mesmas por ser *minimo o seu poder de resistencia*, quiz defender e proteger das artes dos seductores e da libidinagem dos corruptores a innocencia dos menores. Se tivesse permittido ao accusado justificar sua acção com a allegação de ignorar a idade da pessoa violentada ou corrompida, ante suas apparentes condições physicas, teria vedado a si mesmo o direito de defender os menores e aberto porta facil á impunidade dos culpados. Nem colhe o argumento de que excluido o dolo, poderia ser admittida a responsabilidade por culpa, por isso que o indiciado manifestou já uma intenção criminosa para determinado evento, e não ha culpa senão quando o effeito lesivo de uma acção é involuntario.”

214. — A disposição do art. 26, letra c, implica a questão da extensão dos direitos do individuo sobre sua propria pessoa, *jus in se ipsum*. Para resolvel-a recorreu-se á distincção entre *direitos innatos* ou *inalienaveis* e *direitos adquiridos* ou *alienaveis*, aquelles não susceptiveis de renuncia, e estes renunciaveis.

Como *direitos innatos* se mencionam o direito á vida physica, que comprehende o direito á integridade da pessoa e a legitima defesa; o direito á vida moral, á liberdade, á egualdade deante da lei, á sociabilidade, o direito á assistencia e ao trabalho. Como *direitos adquiridos* se apontam os direitos patrimoniaes.

Mas, como bem nota VIDAL, sem entrar nas particularidades desta distincção philosophica, interessante sobretudo no direito civil, o que não padece duvida é o que os direitos do individuo, que vive em sociedade, são limitados e restringidos pelos direitos dos outros individuos e pelos direitos collectivos da sociedade, e que não póde exercel-os ou renuncial-os, quaesquer que sejam esses direitos, senão nos limites fixados pelas leis de interesse geral e tanto quanto isto não seja contrario á ordem publica.

Assim, por exemplo, o individuo tem direito á vida, á integridade de seu corpo, á liberdade; mas a sociedade tem o direito de exigir delle o sacrificio dessa liberdade, dessa integridade do corpo;

de sua propria existencia, submettendo-o ao serviço militar e enviando-o á guerra.

Tem o direito de morrer como o de viver, no sentido que o suicidio não é mais punido; entretanto, o duello é punido, senão como homicidio, como delicto especial na mór parte das legislações. Tem o direito de mutilar seu corpo, da mesma maneira que tem o direito de fazel-o respeitar; mas este direito cessa quando um interesse superior de ordem geral se oppõe á essa mutilação, por exemplo, a obrigação do serviço militar.

Na comminação e na execução da pena, prevalece, em regra, o interesse do Estado sobre o interesse dos particulares.

A lei penal é de ordem publica e é o ministerio publico, como representante da sociedade, quem decide se deve ser exercida a acção penal, cujos termos promove, sem ingerencia da parte lesada. O consentimento desta, pois, quer antes, quer durante a execução do delicto, não tem valor e não póde impedir que o delicto exista.

*Jus publicum privatorum voluntate mutari nequit.*

Entretanto, certos delictos suppõem, para sua existencia, a ausencia de consentimento da victima.

Se ficar, pois, demonstrado que ella consentiu antes ou durante a execução, não ha facto punivel.

Assim, por exemplo, não póde haver furto, roubo, estellionato, damno em coisas particulares, se, não obstante a intenção fraudulenta do agente, o proprietario quiz o resultado obtido, porque estes delictos implicam necessariamente, para sua existencia, a ausencia de vontade ou a surpresa pela fraude ou intimidação da victima. Não póde haver sequestração, rapto, estupro, attentado ao pudor, se a pessoa, sujeito passivo, consentiu em qualquer desses actos.

E' de notar, porém, que o consentimento para ser exclusivo desses delictos, deve ser livre e dado por pessoa capaz de consentir validamente, antes ou durante o facto.

O consentimento assim dado não elimina a culpabilidade, subsistente ficando a intenção criminosa, por isso que consiste na vontade de commetter uma acção cuja criminalidade o agente conhece; sua influencia está em impedir que o delicto tenha existencia, por ausencia de elemento essencial (PRINS, GARRAUD, HAUS, etc.).

E' por isso que o codigo, no artigo ora apreciado, letra b, diz que o *consentimento do offendido não dirime, nem exclue a intenção criminosa*, disposição aliás superflua.

Ressente-se, porém, de impropriedade a dicção final desse dispositivo, dizendo — *menos nos casos em que a lei só a elle permite a acção criminal*, porque, nos casos excepçionaes em que a lei só ao offendido permite a acção penal, o consentimento do offendido não dirime, nem exclue propriamente a intenção criminosa. se é posterior, hypothese a que parece se referir o texto legal. O consentimento

posterior ou ratificação em taes casos só tem efficacia, traduzindo-se pelo perdão, como causa extinctiva da acção penal (art. 71, n. 3); não attinge, porém, as condições existenciaes do delicto.

## 215. — Jurisprudencia brasileira.

I. Caso controvertido exclue a responsabilidade criminal (*Ac. do Supr. Tribunal Federal*, de 30 de agosto de 1899).

II. Exclue o carácter de criminalidade o combate das duas correntes de opinião a respeito da interpretação do art. 72, § 24, da Constituição Federal (*Ac. da Côrte de Appellação*, de 26 de novembro de 1901).

III. E' caso de erro de direito escusavel da parte de um estrangeiro em relação á vigencia e alcance de uma disposição da lei penal, qual a de caracter territorial ou local, e que, não encontrando similar na legislação dos povos cultos entre os *delicta juris gentium*, figura na legislação penal patria como um *delictum juris civilis* (*Ac. da Côrte de Appellação*, de 26 de novembro de 1901).

IV. Em caso de *aberratio ictus*, que tem logar quando se produz um resultado diverso do representado pelo agente, e essa aberração do resultado é referivel a circumstancias exteriores (VON LISZT. *Tr. de direito penal allemão*, p. 283, tom I), o delinquente é punivel nos termos do art. 66, § 3, do Cod. Penal (*Ac. da 3.ª Camara da Côrte de Appellação*, confirmando decisão do juiz da 1.ª Pretoria Criminal, de 10 de maio de 1913).

V. E' caso de *aberratio ictus* quando o agente tenta matar alguém, e por desvio do projectil, mata outro, e em tal hypothese occorrem um crime *doloso*, da competencia do tribunal do jury, e outro *culposo*, da competencia do juiz de direito, applicando-se o dispositivo do art. 17 do Decr. n. 9.263, de 28 de dezembro de 1911, que determina *prevalecer a jurisdicção especial*, que, no caso, é a do juiz de direito.

Esta tem sido a jurisprudencia geralmente seguida e o Conselho Supremo desta Côrte assim já se pronunciou em accordam de 17 de julho de 1912, no conflicto de jurisdicção n. 6, entre os juizes de direito, presidente do jury e da 1.ª vara criminal desta *Capital* (*Ac. da 3.ª Camara da Côrte de Appellação*, de 25 de julho de 1914). Vid. ns. 211 e 212. No mesmo sentido accords. de 3 de novembro de 1920 e 4 de maio de 1921, quando vêm na *aberratio ictus* o concurso de um crime doloso e outro culposo.

VI. A disposição do art. 26, letra *a*, só pôde referir-se á hypothese de ser o preceito da lei penal claro e não sujeito a duvidas

(*Ac. do Tribunal de Justiça de São Paulo*, de 20 de junho de 1893).

VII. A inexacta ou erronea applicação do direito ou da lei ao facto é coisa muito diversa da ignorancia da lei penal.

A autoridade, que faz inexacta ou erronea applicação do direito ou da lei ao facto, não commette crime (*Ac. do Superior Tribunal de Justiça do Pará*, de 5 de outubro de 1898).

## 216. — Jurisprudencia estrangeira.

### FRANCEZA

I. Si les inculpés ont pu croire qu'il n'était pas le cas de l'autorisation, c'est là une erreur de droit qui ne saurait leur servir d'excuse (*Cour de Crenoble*, 20 juin 1903).

II. Il suit des déclaratins du jury que le demandeur a été déclaré coupable d'avoir tiré volontairement un coup de fusil avec l'intentation de tuer; peu importe qu'au lieu de donner la mort à celui qu'il avait pour victime, il ait atteint la femme au lieu du mari: il n'en reste pas moins constant qu'il a donné la mort avec intention de tuer (*Cour de Cassation*, 8 septembre 1826 e 31 janvier 1835).

III. Il résulte que l'accusé avait l'intention de tuer une personne autre que celle sur laquelle il a commis un homicide volontaire; le fait ainsi reconnu constant ne constitue néanmoins qu'un seul attentat, et n'offre nullement les caractères de deux crimes distincts que consisteraient, l'un dans des violences ayant entraîné la mort de la victime sans intention de la donner, et l'autre dans une tentative d'homicide volontaire sur la personne que l'accusé s'était proposé de tuer; Qu'une telle distinction en séparant et isolant les éléments d'un acte unique dans l'intention de l'agent comme dans l'exécution qu'il a reçu, en dénaturerait le caractère et serait en dehors de la réalité des faits telle qu'elle a été constatée par la déclaration du jury;

Que conséquemment la question soumise au jury sur le fait principal ne portant que sur un seul et même crime ne présentait aucun vice de complexité (*Cour de Cassation*, 12 juin 1872).

### ITALIANA

IV. Quando taluno vuole uccidere, ferire o percuotere una persona ed invece per errore ne uccide, ferisce o percuote un'altra, non commette un reato colposo ma un reato volontario (*Cass. Roma*, 10 genn. 1891).

V. Commette un solo e non due delitti chi, avendo espioso coll'intenzione di colpire un tale, colpisca invece altra persona (*Cass.* 15 lug. 1892).

VI. Non púo meritare la scusante della provocazione colui che ferisce una persona credendola autrice di discorsi offensivi contro di lui, mentre le offese erano state pronunziate da altra persona (*Cass.* Roma, 9 mag. 1893).

**Art. 27.** Não são criminosos :

§ 1.º Os menores de 9 annos completos:

§ 2.º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento;

§ 3.º Os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação;

§ 4.º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime;

§ 5.º Os que forem impellidos a commetter o crime por violencia physica irresistivel, ou ameaças acompanhadas de perigo actual;

§ 6.º Os que commetterem o crime casualmente, no exercicio ou pratica de qualquer acto licito, feito com attenção ordinaria;

§ 7.º Os surdos-mudos de nascimento, que não tiverem recebido educação nem instrução, salvo provando-se que obraram com discernimento.

**Art. 28.** A ordem de commetter crime não isentará da pena aquelle que o praticar, salvo si fôr cumprida em virtude de obediencia legalmente devida a superior legitimo e não houver excesso nos actos ou na forma da execução.

**Art. 29.** Os individuos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental, serão entregues ás suas familias, ou recolhidos á hospitaes de alienados, si o seu estado mental assim exigir para a segurança do publico.

**Art. 30.** Os maiores de 9 annos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 annos.

**Art. 31.** A isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil.

Decr. n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927

(Codigo de menores)

**Art. 68.** — O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes, ou tutor, ou pessoas em cuja guarda viva.

§ 1.º — Si o menor soffrer de qualquer forma de alienação ou deficiencia mental, fôr epileptico, surdo-mudo, cégo, ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja elle submettido ao tratamento apropriado.

§ 2.º — Si o menor fôr abandonado, pervertido, ou estiver em perigo de o ser, a autoridade competente promoverá a sua collocação em asylo, casa de educação, escola de preservação, ou o confiará a pessoas idoneas, por todo o tempo necessario á sua educação, comtanto que não ultrapasse a idade de 21 annos.

§ 3.º — Si o menor não fôr abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo de o ser, nem precisar de tratamento especial, a autoridade o deixará com os paes ou tutor ou pessoa sob cuja guarda viva, podendo fazel-o mediante condições que julgar uteis.

§ 4.º — São responsaveis, pela reparação civit do damno causado pelo amor os paes ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilancia, salvo si provarem que não houve da sua parte culpa ou negligencia. (Cod. Civ., arts. 1.521 e 1.523).

**Art. 69** — O menor indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submettido a processo, especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral delle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda.

§ 1.º — Si o menor soffrer de qualquer forma de alienação ou deficiencia mental, fôr epileptico, surdo-mudo, cégo ou por seu estado de saude precisar de

cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja submetido ao tratamento approved.

§ 2.º — Si o menor não fôr abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo de o ser, nem precisar de tratamento especial, a autoridade o recolherá a uma escola de reforma, pelo prazo de um a cinco annos,

§ 3.º — Si o menor fôr abandonado, pervertido, ou estiver em perigo de o ser, a autoridade o internará em uma escola de reforma, por todo o tempo necessario á sua educação, que poderá ser de tres annos, no minimo, e de sete annos, no maximo.

Art. 71 — Si fôr imputado crime, considerado grave pelas circumstancias do facto e condições pessoais do agente, a um menor que contar mais de 16 e menos de 18 annos de idade só tempo da perpetração, e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral, o juiz lhe applicará o art. 65 do Codigo Penal, e o remetterá a um estabelecimento 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.

Art. 72 — Tratando-se de contravenção, que não revele vicio ou má indole, póde o juiz ou tribunal, advertindo o menor, entregal-os aos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, ou dar-lhe outro destino, sem proferir condemnação.

Art. 73 — Em caso de absolvição o juiz ou tribunal póde :

a) entregar o menor aos paes ou tutor ou pessoa encarregada da sua guarda, sem condições;

b) entregal-o sob condições, como a submissão ao patronato, a aprendizagem de um officio ou uma arte, a abstenção de bebidas alcoolicas, a frequencia de uma escola, a garantia de bom comportamento, sob pena de suspensão ou perda do patrio poder ou destituição da tutela ;

c) entregal-o a pessoa idonea ou instituto de educação ;

d) suieital-o a liberdade vigiada.

**Art. 75** — Si o pae, a mãe, tutor ou responsavel pelo menor estiver em condições de o educar, e por culpa sua não o tiver feito, a autoridade lhe imporá a pena de multa de 100\$ a 500\$000, ou a prisão cellular de 5 a 15 dias.

**Art. 76** — A idade de 18 a 21 annos constitue circumstancia attenuante (Cod. Penal, art. 42, § 11).

**Art. 78** — Os vadios, mendigos, capoeiras, que tiverem mais de 18 annos e menos de 21, serão recolhidos á Colonia Correccional, pelo prazo de 1 a 5 annos.

**Art. 79** — No caso de menor de idade inferior a 14 annos indigitado autor ou cumplicé de facto qualificado crime ou contravenção, si das circumstancias de infracção e condições pessoas do agente ou de seus paes, tutor ou guarda tornar-se perigoso deixal-o a cargo destes, o juiz ou tribunal ordenará sua collocação em asylo, casa de educação, escola de preservação, ou o confiará a pessoa idonea, até que complete 18 annos de idade. A restituição aos paes, tutor ou guarda, poderá anticipar-se, mediante resolução judiciaria, e prévia justificação do bom procedimento do menor e daquelles.

**Art. 82** — Quando a infracção penal fôr muito leve pela sua natureza, e em favor do menor concorrerem circumstancias reveladoras de boa indole, o juiz ou tribunal pôde deixar de condemnal-o, e, advertindo-o, ordenará as medidas de guarda, vigilancia e educação, que lhe parecerem uteis.

**Art. 83** — O juiz ou tribunal pôde renunciar a toda medida, si são passados seis mezes, depois que a infracção foi commettida por menor de 14 annos, ou si já decorreu metade do prazo para a prescripção da acção penal ordinaria, quando se tratar de infracção attribuida a menor de 14 annos, a 18 annos.

**Art. 85** — O menor que ainda não completou 18 annos não pôde ser considerado réincidente mas, a repetição de infracção penal da mesma natureza ou a perpetração de outra differente contribuirá para o equipa-

rar a menor moralmente pervertido ou com persistencia tendencia ao delicto.

### Decr. n. 4.780. de 27 de dezembro de 1923

Art. 38 — No art. 27, § 4, do Código Penal, em vez de “privação”, leia-se “perturbação”

217. — Fazendo consistir, em regra, a imputabilidade criminal na *intenção criminosa*, isto é, no *conhecimento do mal e intenção de a praticar* (art. 24), o código implicitamente, ao enumerar os casos que excluem a imputabilidade (art. 27), mostra que esta só pôde existir plenamente no homem *mentalmente desenvolvido e mentalmente são*.

Neste mesmo art. 27, § 2.º, combinado com o art. 65, e no art. 298 § unico, admite tambem a chamada *imputabilidade restricta* (*responsabilité affaiblie*, dos francezes, *media imputabilitá*, dos italianos, *Verminderte Zurechnungsfahigkeit*, dos allemães), isto é, o estado psychico em que, segundo os velhos escriptores e as antigas legislações da primeira metade do seculo XIX, a necessaria aptidão normal para a imputabilidade não falta, mas existe em gráo inferior, isto prevalecendo como fundamento para reduzir-se a pena, para fazel-a descer abaixo da medida legal.

Segundo o nosso código, a imputabilidade restricta comprehende só os casos apontados, isto é, crimes de adolescentes e infanticidio *honoris causa*, não seguindo o exemplo do código penal italiano que admite tambem a imputabilidade restricta nos casos em que “*lo stato di enfermità di mente é tale da scemare grandemente la imputabilitá senza excluderla*” (art. 47).

Mostraremos depois qual a influencia da alienação mental sobre a imputabilidade, segundo o nosso código.

218. — No art. 27, o código enumera taxativamente as *causas dirimentes da criminalidade*. Como dirimente parece tambem considerar, attenta a ordem da collocação, o caso do art. 28, mas não se trata ahi de uma *dirimente*, e sim de uma *justificativa*, como teremos occasião de mostrar.

Para boa comprehensão, firmemos desde já a distincção entre *causas dirimentes* e *causas justificativas* da criminalidade.

A *causa dirimente*, ou *causa de não culpabilidade*, como dizem os tratadistas francezes, se verifica quando, não obstante o caracter illicito da acção, faltam os elementos essenciaes da imputabilidade (*intelligencia é vontade*).

Assim, não são imputaveis, por não ter o *conhecimento do mal*, os comprehendidos nos §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 7.º, e por não ter *intenção de o praticar*, os comprehendidos nos §§ 5.º e 6.º do art. 27.

Têm, pois, um caracter *subjectivo* as causas dirimentes, por isso que assentam na pessoa do delinquente, e não na acção.

A *causa justificativa* occorre quando o agente está em estado normal de imputabilidade, mas em condições excepçionaes que lhe dão direito de commetter o acto, embora a violação do direito alheio que dahi resulta.

Taes são os casos dos arts. 28, 32 e 35.

A causa justificativa tem, pois, um caracter *objectivo*, por isso que o acto perde todo caracter delictuoso e torna-se licito.

Além dessas differenças, distinguem-se ainda as causas dirimentes das justificativas quanto aos effeitos civis, porquanto se aquellas não eximem o agente da responsabilidade civil (art. 31), estas, pelo contrario, põem-n'o a salvo desta responsabilidade (Codigo Civil, art. 160, n. I).

No enumerar, porém, as causas dirimentes e justificativas, o codigo não se houve com justeza, porquanto, além de collocar o caso da *ordem da autoridade* entre as dirimentes, quando é justificativa, tambem incide no mesmo vicio, considerando como dirimentes a *força irresistivel* e a *casualidade* (art. 27, §§ 5.º e 6.º).

No caso de força irresistivel ou de ameaças acompanhadas de perigo actual, não ha propriamente uma dirimente da imputabilidade, que antes se conserva, e sim uma justificativa do crime.

E' apenas uma das modalidades da extrema necessidade, que não é sómente uma situação de perigo actual creada por forças naturaes, mas tambem por acto humano.

Não havia, pois, necessidade de distinguir essas modalidades, de partir a unidade da idéa.

Quanto á casualidade, além de não constituir tambem uma dirimente, não exige disposição expressa, sendo um presupposto necessario, não só em face da doutrina, como do direito positivo.

Effectivamente, se só é punivel a acção quando dolosa ou culposa, excluido fica, pois, o *casus*, como fundamento da imputabilidade.

Da censura, porém, não está isento sómente o nosso codigo, mas tambem outros, como o argentino, art. 81, amalgamando na mesma disposição, os casos de dirimentes e de justificativas. No seguinte quadro synthetico, reune LIMA DRUMMOND as causas dirimentes, segundo o nosso codigo:

CAUSAS DIRIMENTES DA IMPUTABILIDADE CRIMINAL:

Vontade livre  
(liberdade dos próprios actos)

Intelligencia  
(consciencia dos proprios actos)

CAUSAS DIRIMENTES DA IMPUTABILIDADE CRIMINAL:

Falta de desenvolvimento mental

Desenvolvimento ainda não concluído — Eidade - Cod. Pen. art. 27 §§ 1 e 2

Desenvolvimento tolhido

Imbecilidade nativa — Cod. Pen. art. 27 § 3, 1.ª parte.  
Surdo-mudez — Cod. Pen. art. 27 § 7.

Falta de saúde mental.....

Enfraquecimento senil

Estado pathologico — Cod. Pen. art. 27 § 3, 2.ª parte.

Molestias ou affecções mentaes

Perturbação completa dos sentidos ou da intelligencia — Cod. Pen. art. 27 § 4.

Perturbações psychicas funcionaes

Sonambulismo

Esportaneo.  
Provocado (hypnotismo).  
Hysterico (estado da condigão segunda)

Embriguez completa — Periodo furioso.

Perturbação completa dos sentidos ou da intelligencia.

Cod. Penal art. 27, § 5.

Constrangimento

Physico (*vis absoluta*)

Violencia physica irresistivel.

Moral (*vis compulsiva*)

Ameaças acompanhadas de perigo actual.

C. P. art. 27 § 4

Com o mesmo criminalista é de notar que a intelligencia e a vontade livre são ambas partes integrantes da combinação binaria que serve de fundamento á imputabilidade criminal, mas é evidente que sem a primeira, a segunda é inconcebivel, porque o agente que não distingue o bem do mal — não póde livremente escolher entre o bem e o mal; ao passo que póde subsistir a intelligencia, faltando a liberdade da vontade. D'ahi se segue que as causas dirimentes que actúam sobre a intelligencia do agente não de forçosamente actuar sobre a vontade d'elle; não sendo, entretanto, verdadeira a proposição contraria.

Demais, a intelligencia presupposta na organização do quadro é a intelligencia do homem normal, isto é, o *são juizo ethico* sobre o que deve elle fazer.

Certas fórmãs de enfermidade mental deixam subsistir a consciencia dos proprios actos; mas a consciencia de que se cogita no quadro é a do homem normal; é o *são juizo ethico* sobre o que deve fazer o homem normal.

Finalmente cumpre notar mais que no conceito da vontade livre integram-se o da faculdade *interna* de querer ou de não querer, de determinar-se o homem sem constrangimento a agir, assim como o da faculdade *externa* de agir ou de não agir, de fazer ou de não fazer.

Nesse conceito se incluem, portanto, o da liberdade de querer e o da liberdade de fazer.

219. — Além das causas dirimentes e justificativas, o codigo admite ainda como causas que isentam da penalidade, as que na technica do direito penal francez se chamam *excusas legaes peremptorias* ou *causas de impunidade*, e que differem das dirimentes em que, de uma parte, a acção é delictuosa, e de outra parte, o agente se acha em condições normaes de imputabilidade.

Nestes casos especiaes, a lei impede a condemnação e escusa o agente, não porque não mereça ser punido, e sim por motivos ou razões de politica criminal, por exemplo, segundo o codigo francez, para favorecer a delação e facilitar a descoberta dos culpados, para impedir a continuação dos delictos (arts. 100, 108, 138, 144, 213, 248, 266, al. 3 e 4, do codigo penal), ou por considerações particulares de familia (art. 248, al. 2, 380, do mesmo codigo).

O nosso codigo admite como excusas absolutorias ou causas de impunidade, para impedir a continuação do delicto, os factos previstos nos arts. 117 e 120, e por considerações particulares de familia, o facto revestido das circumstancias mencionadas no art. 335.

Como se vê as excusas absolutorias são em numero bem limitado, e a lei declara que não ha crime para aquelles que beneficia ou que esses individuos excusados não são culpados, mas declara-os isentos de pena ou de serem accionados.

Passemos ao exame das causas dirimentes, que, como vimos,

consistem em estados excepçionaes que excluem o *conhecimento do mal* (*idade, desenvolvimento tolhido e alienação mental*, §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 7.º, do art. 27), ou excluem a *intenção de pratical-o* (*constrangimento, casualidade*, §§ 5.º e 6.º)

220. — *Edade*. I). *Menoridade* (art. 27, §§ 1.º e 2.º).

O codigo considera a idade como causa dirimente da imputabilidade em dois periodos — a *menoridade*, no sentido penal, e a *velhice*, quando acarretando enfraquecimento mental de tal ordem, torne o individuo completamente incapaz de imputação. Apreciemos primeiramente a menoridade penal.

A observação mostra que o estado psychico do individuo, nas fórmulas fundamentaes da intelligencia, da emotividade e da vontade, adquire sua plenitude ou maturidade após evolução lenta e continua, em coordenação com o desenvolvimento organico-physiologico, e com as condições mesologicas, sociaes e de cultura, e, por isso, variando de individuo a individuo, de grupo a grupo e de povo a povo. Essa maturidade ainda diversifica, segundo se tem em vista a aptidão para a aquisição das noções do *bem* e do *mal* ou do *util*, diversificando, por isso, a imputabilidade penal da imputabilidade civil.

Como nota GARRAUD, a lei penal, nas suas prohibições ou nas suas injunções, appella antes de tudo para o senso moral, para essa imperissivel distincção do bem e do mal que se desenvolve cedo no homem.

A lei civil, ao contrario, procura em suas previsões regular relações mais diversas da vida social: suppõe, para ser comprehendida, uma certa aprendizagem da vida pratica, uma apreciação da utilidade das coisas.

Ora, no homem, a noção do *justo* surge mais cedo do que a noção do *util*.

A lei civil mesmo tem em tanta conta este facto de observação, que declara o menor responsavel pelos seus delictos ou quasi delictos civis, ainda que lhe seja permittido fazer annullar suas obrigações convencionaes, desde que prove ter sido lesado.

Dahi porque a maioridade penal é fixada antes da maioridade civil nas differentes legislações.

Dada ainda a diversidade do momento acquisitivo da aptidão para discernir entre o bem e o mal, e por isso não se podendo estabelecer um limite fixo e invariavel donde comece a imputabilidade penal, o legislador teria de seguir um dos dois alvitres: ou deixar que esse limite seja fixado em cada caso pelo juiz, em face do individuo e das circumstancias do facto, ou procedendo por presumpções, estabelecer regras geraes, muito embora destoassem da realidade em determinados casos. Como no primeiro caso imperasse puro arbitrio, as legislações modernas adoptaram o segundo alvitre.

Dois systemas diversos foram, então, acceitos pelas legislações. Para o codigo penal francez, seguido pelos da Belgica, Brazil (1830), Luxemburgo, Neufchatel, Monaco e do Mexico, a vida humana se divide em dois periodos: um que vae até á idade de 16 annos completos (este limite foi ampliado a 18 annos pela lei franceza de 12 de abril de 1906); o outro que começa nessa idade.

No primeiro periodo, quer seja infante, quer seja adolescente, o menor pôde ser processado pelo delicto commettido, mas é coberto por uma presumpção *juris tantum* de irresponsabilidade, que cede diante da prova de ter agido com discernimento.

Neste caso deve-se proceder contra elle por via de *repressão* e não sómente por via de *educação*.

Durante o segundo periodo, os adultos são, ao contrario, presumidos culpados, e esta presumpção só pôde ceder ante a prova de que têm agido sem discernimento.

Segundo o outro systema, ha um periodo inicial em que a não imputabilidade do menor é absoluta ou *juris et jure*: é reputado incapaz de dolo, insusceptivel de pena.

A esse periodo seguem outros, em que a imputabilidade depende da constatação do discernimento, ou sem essa indagação, importando redução de pena, em regra, até á maioridade civil: é a chamada imputabilidade restricta (n. 217).

Seguem este systema os codigos da Argentina, Chile, Uruguay, Perú, Costa Rica, São Salvador, Nicaragua, Guatemala, Portugal, São Marinho, Hespanha, Itália, Allemanha, Dinamarca, Rumania, Servia, dos cantões de Turgovia, de Schaffuse, de Berne, de Friburgo, de Zurich, de Zug, de S. Gall e do Japão.

Este systema encontra seus lineamentos no direito romano, onde se distinguiam os *infantes* (menores de 7 annos, tidos como imputaveis), os *impuberes* (dos 7 aos 14 annos, cuja imputabilidade era apreciada segundo os delictos, e nessa conformidade affirmada se *doli capaces*, ou negada em caso contrario), os *minores*, que em determinados casos tinham mitigação de pena (FERRINI).

Achando preferivel o primeiro systema, GARRAUD observa que a adopção do período inicial de não imputabilidade, do segundo systema, não pôde ter actuação segura por isso que é impossivel fixar a idade que sirva de limite entre a infancia e adolescência, e a prova disso temos na diversidade que a respeito reina entre os codigos.

Depois é de notar que em tempos recentes, sobretudo em consequencia do crescimento dos meios urbanos em detrimento dos meios ruraes, se observa uma precocidade maior, em França, como no resto da Europa, no desenvolvimento das faculdades sociaes da mocidade.

Um limite invariavel imposto á possibilidade das investigações processuaes estaria, pois, em contradicção com este phenomeno inquietador.

A diversidade de raças e de climas no mesmo paiz impossibilitaria dizer até que idade se estende a infancia.

Quanto ao inconveniente de sujeitar uma creança de tenra idade ao processo, nota que, praticamente, não ha logar para censura, por isso que o Ministerio Publico não processa um menor se não quando ha duvida sobre seu discernimento, ou quando o processo pôde ser util, quer para confrontar o menor com seus cumplices, quer para tiral-o de sua familia, se mal o educou, por meio de uma declaração de culpabilidade sem discernimento.

Assim, a fixação de uma idade, abaixo da qual o homem estaria coberto por uma presumpção de innocencia absoluta, teria o inconveniente grave de privar o ministerio publico do direito de recorrer ao processo, quando fosse util, sem ter nenhuma vantagem séria.

221. — Adoptando o systema opposto ao do codigo francez, o nosso codigo admitte quatro phases na vida humana, com effeito na responsabilidade, a saber: *infancia, impuberdade, menoridade e maioridade* (art. 27, §§ 1.º e 2.º, 42, § 11 e 65). A *infancia* termina aos nove annos completos, e nesta phase ha presumpção absoluta de irresponsabilidade.

O codigo nada dispõe sobre as medidas a tomar com relação ao infractor, e assim a protecção, vigilancia e cuidados do menor desta idade são regulados pelos preceitos do direito civil. Pór isso que não ha responsabilidade criminal, nenhum procedimento cabe contra o menor que houver commettido o delicto, a não ser para determinar o facto e a idade do menor, esta podendo ser constatada por certidão do registro civil, justificação, bem como pelo aspecto da pessoa, como preceituava a Ord. L. 2, t. 54, caso em que o juiz deverá nomear profissionaes que façam a inspecção e declarem a idade.

Em face das disposições dos §§ 1.º e 2.º do art. 27, verifica-se que não são criminosos não só os que tiverem menos de nove annos, como os que tiverem nove annos completos.

222. — A *impuberdade*, segundo o codigo, vae dos 9 aos 14 annos, limite este que era tambem fixado pela lei civil, então vigente, para egual phase, ora ampliado a 16 annos, pelo codigo civil, art. 5.

O codigo declara que *não são criminosos os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento.*

Trata-se, pois, de uma presumpção relativa ou *juris tantum* de irresponsabilidade.

Assim, o menor pôde ser punido, desde que destruida fique essa presumpção, reconhecendo o jury ou o juiz julgador o discernimento.

Duas questões ha, pois, a examinar na disposição legal — a da *idade* e a do *discernimento*.

I) Quanto á idade, na expressão — *menores de 14* — deve-se entender todos os que não completaram o decimo quarto anno de idade.

Assim, os menores de 14 completos ou os maiores dessa idade estão excluidos da disposição legal.

Dada a hypothese de allegar o réa a sua menoridade, mas não exhibir prova de sua allegação, deve perder o beneficio da lei? CHAVEAU e HELIE citam julgado da Côte de Cassação de França decidindo pela affirmativa, fundando-se em que ha presumpção legal, quando o acto do nascimento não fôr exhibido, de que o *accusado não tinha a idade de menos de 16 annos*.

Criticam essa decisão, por lhes parecer impossivel admittir uma semelhante presumpção, que não se apoia em nenhuma disposição de lei: a idade do accusado é um facto, um elemento de aggravação ou de attenuação da pena, e parece que em caso de duvida, esse facto deve, como todos os outros, ser submettido á apreciação do jury, porque, se não fôr produzida prova authentica de um facto, como concluir que elle não existe?

Como de uma simples omissão induzir uma *presumpção legal*?

Entre nós, não obstante a Lei n. 261, de 1841, art. 62, não mandar formular quesito sobre a idade, mas sómente sobre o discernimento, entendiam alguns que, se por occasião do julgamento, já tiver o réo completado 14 annos, neste caso, antes de propôr o quesito legal — *se o réo obrou com discernimento*, deve o presidente do tribunal propôr este: *— se o réa quando commetteu o crime, era maior de 9 e menor de 14 annos?*

Entendiam mesmo que, se o réo fôr maior de 14 e menor de 17 annos, e dos autos não constasse documento authentico de sua idade, o presidente do tribunal proporia aos juizes esta questão: *se o réo, quando commetteu o crime, era maior de 14 annos e menor de 17?* Neste sentido tem-se orientado a jurisprudencia.

Refutando tal doutrina, diz JOÃO MENDES DE ALMEIDA: “Havendo duvida sobre a idade maior de 9 annos e menor de 14 annos, para o caso das escusas, assim como sobre a idade, menor de 17 annos, para o caso da applicação da pena de cumplicidade, esta duvida deve ser resolvida pelo adiamento para busca da certidão do registro e na falta deste, por uma justificação.

O jury não tem competencia para determinar edades: a idade é um facto, mas um facto fundado em outro facto, qual seja o nascimento. Para contraprova do absurdo da doutrina referida, figuremos a hypothese de ter o jury respondido negativamente a taes quesitos e de descobrir-se mais tarde o registro do nascimento, pelo

qual se prove a menoridade: que valor tem, em tal caso, a resposta do jury ?

A idade é um facto, mas um facto verificavel por provas preconstituídas, ou por provas que, suppondo, na fórmula da lei, estas provas preconstituídas, devem ser apreciadas por juiz de direito e não por juizes simplesmente do facto criminoso.

Aliás, já na formação da culpa, ha o auto de qualificação e o interrogatorio, nos quaes a idade do réo pôde e deve ser bem determinada.”

II) Quanto ao discernimento, não o define o código, como faz o de Zurich, mas o termo não deve ser tomado em accepção ampla, mas em accepção juridica.

Divergem, porém, os autores no firmar o seu conceito, uns fazendo consistir o discernimento na distincção do bem e do mal, na noção de moralidade e de responsabilidade moral (CARRARA, BLANCHE, ROSSI, CHAUVEAU e HELIE, ORTOLAN); outros tomam a palavra no sentido de intelligencia da legalidade do acto, de noção da criminalidade deste, de responsabilidade penal e de suas consequencias (NIPELS, LE SELLYER, BERNER, KRAFFT-EBING); outros ainda, distinguindo os delictos em *naturaes* e *immoraes* e *puramente positivos* e de *simples conveniencia social*, consideram discernimento, no primeiro caso, a *intelligencia do bem e do mal*, do *justo* e do *injusto*; no segundo caso, a *faculdade de comprehender a illegalidade do facto* (HAUS).

E' este conceito que melhor se ajusta á nossa lei positiva, para a qual, a intenção criminosa envolve tambem o aspecto ethico ou moral, consistindo no conhecimento do mal e intenção de o praticar, e para a qual ao lado do crime, ha a contravenção, infracção de simples conveniencia social.

Tomado neste sentido, é de notar mais que o discernimento deve ser apreciado, não em relação ás acções delictuosas em geral, mas sómente quanto ao caso concreto; quer dizer, como juizo moral, e, pois, como juizo theorico e juizo pratico, é este que deve ser considerado especialmente, pois é o que mais directamente regula as acções humanas, por isso que reúne em si as duas forças mentaes: delibérativa e executiva.

E' uma pesquisa difficil, essa do discernimento, que cabe mais ao juiz do que ao perito, a apreciação deste se limitando á indagação anthropologica do gráo de desenvolvimento individual no ponto de vista psychico e somatico, á indagação da existencia da falta de desenvolvimento organico e qual o seu alcance ou amplitude (KRAFFT-EBING). E' apreciando o menor, em seu desenvolvimento psychico, seus precedentes, sua educação physica e intellectual, as condições do meio em que viveu; é apreciando o facto delictuoso e suas circumstancias, que se poderá, tanto quanto possivel, aquilatar

da existencia do juizo moral pratico, que envolve o discernimento, isto é, verificar se o memor podia ajuizar do character malefico, ou illegal da acção praticada.

De accôrdo com o expellido, quer na definição do discernimento, quer no modo de caracterisal-o, exarei sentença de não pronuncia, confirmada unanimemente por accórdam da 3.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, de 29 de novembro de 1919 (*Revista de Direito*, vol. 56, pag. 557).

Como é bem de ver, a questão sobre a idade e discernimento deve ser resolvida, tendo-se em vista a época, em que o crime foi commettido, e não a época do julgamento.

223. — Verificado que o menor agiu com discernimento, a penalidade em que incorre é puramente disciplinar, segundo dispõe o art. 30, mandando que o menor em taes condições seja recolhido a estabelecimento disciplinar industrial, pelo tempo que “ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda a idade de 17 annos.”

O legislador teve em consideração que na impuberdade o menor age influenciado sobremodo pelas circumstancias exteriores, não tendo, por isso, em regra, poder inhibitorio de vontade bastante forte ás reacções motoras irreflectidas; a evolução organico-psychica está apenas em seus lineamentos iniciaes, predominando as acções reflexas.

Em tal idade o espirito é vacillante e não tem forças para dominar as paixões.

O autor do codigo citou entre as innovações mais salientes de seu trabalho, precisamente “a que declarou a imputabilidade absoluta dos menores de 9 annos e a que subtrahiu os maiores dessa idade e menores de 14, ao regimen repressivo para os submeter a um regimen educativo e disciplinar.”

Quanto a este ultimo ponto, é de notar que não encerra tão accentuada innovação, porquanto o codigo anterior, art. 13, dispunha tambem que os menores de 14 annos, que agissem com discernimento, “deveriam ser recolhidos a *casas de correcção* pelo tempo que ao juiz parecesse, comtanto que o recolhimento não excedesse da idade de 17 annos.”

Semelhante disposição, reproduzida literalmente no vigente codigo, não teve execução, não se creando as casas de correcção para menores delinquentes, lançados ordinariamente com os mais depravados criminosos na mesma prisão, numa deploravel promiscuidade.

O mesmo tem acontecido na vigencia do actual codigo, salvo raras excepções.

223-bis. — A disposição do art. 30 foi revogada pelas leis sobre assistencia e protecção aos menores (vide n. 226).

224. — Na *menoridade*, que vae dos 14 aos 21 annos, o delinquente é tido como responsavel, salvo occorrença de outra causa de irresponsabilidade.

Attendendo, porém, que até 21 annos, a intelligencia não tem attingido sua plena maturidade, o legislador, seguindo o anterior codigo, estabeleceu para o menor de 17 annos, a pena de cumplicidade (art. 65), e para o maior dessa idade uma attenuante obrigatoria (art. 42, § 11):

Ainda os maiores de 14 annos, que forem vagabundos ou vadios, poderão ser recolhidos a estabelecimentos disciplinares até 21 annos, nos termos do art. 399, § 3.º, disposição modificada pelo Decreto n. 145, de 11 de julho de 1893 e Lei n. 947, de 29 de dezembro de 1902, que estabeleceram colonias correccionaes para o internamento, dentre outros, desses menores vagabundos e menores delinquentes.

Finalmente, no quarto periodo, dos 21 annos em diante, a idade, em si mesma, não influe sobre a imputabilidade criminal.

225. — O codigo não dá solução integral ao problema da criminalidade dos menores, quando, entretanto, na época de sua promulgação, a sciencia, pelo estudo do homem e do meio social, já tinha trazido contribuições estimaveis, e o exemplo de outras nações, actualisando medidas adequadas, habilitavam o legislador a estatuir com efficacia e proveito no melindroso e grave assumpto.

Tinha, além disso, na crescente e precoce criminalidade dos menores, bem assignaladas nas estatisticas dos povos civilizados, a prova decisiva de que inadequado e em todo caso insufficiente era o methodo de applicar-se a menores a mesma penalidade e regimen repressivo dos maiores, apenas com reduções fraccionarias. Attendo-se á concepção puramente formal do clacissismo, que faz do delinquente um sêr abstracto, com o mesmo gráo de liberdade volitiva, commettendo, por isso, crimes sómente porque quer, esqueceu-se de que na realidade as coisas são outras, de que em relação aos menores, sobretudo, a sua criminalidade advem de causas hereditarias, ou do influxo deleterio do meio em que se fórmam e se cream.

Effectivamente, de um lado são victimas da hereditariedade pathologica que enfraquece seus centros de resistencia ao mal, herança legada pela miseria economica dos paes e o seu cortejo, o exgotamento, a enfermidade, a embriaguez, prejudicando o germen antes que seja fructo:

De outro lado, é o meio anti-social em que se formou o menor, resultante do abandono material ou do abandono moral, aquelle advindo da separação dos paes, este da falta, ou de prestação intermittente de cuidados, neste ultimo caso, muitas vezes levados os paes pelo intuito de abusar da inexperiencia dos filhos e engajal-os

no exercito do mal, abandono moral, nota EVARISTO DE MORAES, peor do que o material, por isso que os abandonados moralmente ficam mais sujeitos ao mal do que os abandonados materialmente e os expostos.

Classificar, como faz o codigo, os menores em delinquentes e honestos, segundo tem ou não commettido delicto, e os delinquentes ainda em viciosos e passíveis de pena, quando agiram com discernimento, e não viciosos e inimputaveis, quando não tiveram discernimento preciso, é encarar as coisas pelo lado formal e superficial, e não segundo a realidade.

Não podiam ser classificados em máos ou bons, segundo têm ou não commettido um delicto, porque para elles o delicto é apenas um incidente, uma tentação offerecida a um antes do que a outro, e dahi por que entre os não processados, muitos são viciosos, que como taes não se patentearam por que a occasião não se offereceu; dahi porque entre os processados, muitos cujo instincto é bom, e que collocados em um meio differente, ficariam sem macula (PRINS). Depois, a distincção baseada no discernimento, não offerce base segura, já diante da diversidade de accepções do que seja esse estado do espirito, para os efeitos penaes, como já vimos (n. 222), já pelas difficuldades, muitas vezes intransponiveis, que se offercem na pratica para constatal-o.

Não é de repressão que necessita a infancia, mas sim de educação e de protecção.

A missão do juiz seria indagar se o menor delinquente é um individuo normal, sujeitando-o a meio educacional competente, e se anormal, fazel-o recolher a estabelecimentos de preservação, medida que se torna um dever para o Estado em todo caso, cumprindo-lhe não esperar que o crime seja commettido, mas prevenil-o, occupando-se desses infelizes o mais cedo possivel.

Dahi toda essa série de medidas preventivas e de correcção já applicadas de ha muito, com grande proveito, nos differentes paizes europeus e americanos, destacando-se especialmente a Inglaterra com seus reformatorios (*reformatory schools, industrial schools, day industrial schools*), a Suissa com os seus orphanatos, seus institutos de educação moral e intellectual, predominando nos que são correcionaes o systema educacional dos pequenos grupos ou familias, o *cottage plan*, já applicado com sensiveis vantagens nos Estados Unidos e em Mettray, na França.

Diante de tal regimen educativo e de correcção disciplinar ou de preservação, é bem de ver que sem importancia se torna a questão de saber se deve ser admittido ou não um periodo inicial de absoluta inimputabilidade, porquanto commettido o delicto, se em face deste o menor se mostrar differente de seus contemporaneos e revelar inclinações perigosas, o tratamento correccional fica desde logo indicado.

Mas a todos esses ensinamentos se mostrou alheio o legislador brasileiro, mantendo a rotina, quando devia adoptar medidas efficazes para a repressão da criminalidade dos menores.

226. — Sahimos afinal da apathia no magno assumpto, pela decretação de medidas legislativas bem orientadas.

A lei n. 4.242, de 5 de janeiro de 1921 e respectivo regulamento, baixado com o decr. n. 16.272, de 20 de dezembro de 1923, elevaram o periodo de inimputabilidade a 14 annos, providenciando sobre o destino a dar aos menores dessa idade, e quanto aos maiores de 14 e menores de 18 annos, sujeitou-os a processo especial, variando as medidas a empregar conforme o estado physico, mental ou moral delles. A idade de 18 a 21 annos passou a constituir a attenuante do art. 42, § 11, doCodigo Penal.

O decr. leg. n. 5.083, de 1.º de dezembro de 1926, art. 1.º, autorisou o governo a consolidar as leis de assistencia e protecção aos menores, e em virtude dessa autorisação, foi expedido o decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927 (*Codigo de menores*), que minuciosamente disciplina a materia, occupando-se o cap. VII, dos menores delinquentes, de cujos dispositivos, inserimos no texto os especialmente referentes á imputabilidade.

## 227. — Jurisprudencia brasileira.

I. — O menor de idade inferior a 14 annos presume-se irresponsavel e, tenha ou não obrado com discernimento não deve ser submettido a processo penal de especie alguma nem é passivel de pena. Se das circumstancias da infracção commettida e das condições pessoaes delle ou de seus paes, tufor ou guarda, tornar-se perigoso deixal-o a cargo destes, o juiz ou tribunal ordena a sua collocação em asylo, casa de educação ou escola de preservação ou o confia a pessoa idonea, até que complete 18 annos de idade. Torna-se desnecessaria qualquer medida de assistencia e protecção se, quer das circumstancias da infracção commettida, a que seu autor foi levado por um sentimento nobre e digno, qual a defesa de seu velho pae, quer das condições pessoaes dos dois, que são pessoas honestas, morigeradas e trabalhadoras, não se infere haver perigo para a ordem social em que o dito menor contínue a cargo de seu referido pae (*Accórdam do Supremo Tribunal de Justiça de Amazonas*, de 4 de outubro de 1927).

II. — Annulla-se o processo desde a pronuncia quando ha co-delinquencia de um réo maior e um menor de 18 annos. Deve-se fazer a separação dos processos, para submitter este a julgamento do juiz singular, na forma da lei (*Accórdam do Tribunal de Relação de Minas Geraes*, de 13 de janeiro de 1928).

III. — Embora civilmente emancipada pelo casamento, a menor de 18 annos só pôde ser processada na forma prescripta na lei n. 2.380, de 2 de abril de 1925, porque para os effeitos da lei criminal não influe a emancipação civil, resultante do casamento e de outros factos previstos no § unico do art. 9, do Codigo Civil.

A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissivel em materia criminal. Os diversos grãos da imputabilidade criminal dos menores de 21 annos não coincidem com os da capacidade civil. O menor de 21 annos terá a seu favor a attenuante definida no § 11, do art. 42 do Codigo Penal, embora esteja civilmente emancipado, do mesmo modo que o menor de 18 annos estará sujeito á jurisdicção especial. O casamento não tem o effeito de supprimir as deficiencias naturaes do espirito dos menores, deficiencias psychologicas que levaram o legislador a amparal-os com o regimen mais de assistencia que de punição (*Accórdam do Supremo Tribunal de Justiça do Paraná*, de 18 de outubro de 1929).

228. — II). *Enfraquecimento senil* (art. 27, § 3.º, 2.ª parte).

No § 3.º, 2.ª parte, do art. 27, o codigo declara não criminosos os que por *enfraquecimento senil*, *forem absolutamente incapazes de imputação*. E' escusa não contemplada no anterior codigo, e que o vigente foi tomar ao codigo da Baviera, art. 120, que dispõe "serem isentos de toda pena os que *tiverem perdido o uso de sua intelligencia em consequencia de enfraquecimento senil*."

Apreciando a mentalidade do velho em relação á imputabilidade penal, diversos autores classicos sustentam que o velho deve ser considerado mais culpado do que o moço, porque tem contra si, de um lado a presumpção maior de discernimento, a experiencia, o conhecimento e a pratica do mundo; de outro lado, a ausencia de paixões, e portanto, ausencia de um dos moveis mais frequentes dos actos delictuosos (CARRARA, CHAUVEAU e HELIE, ROSSI, etc.).

Na realidade, porém, a velhice não é outra coisa senão o periodo de involução ou de declinio normal do organismo, involução que, dada a concórrencia de outros factores (doenças, traumatismos, fadigas, intoxicações, emoções violentas); leva ao estado pathologico da *demencia senil*, e que se traduz pelo typo *depressivo, agitado, confuso, paranoico* ou *apathico*.

Caracterisando-se este estado pathologico, uma das formas da loucura, não ha que duvidar da irresponsabilidade penal do velho.

Mas não é desse estado da velhice que cogita o codigo, no § 3.º, 2.ª parte, do art. 27, porquanto tal estado tem entrada no § 4.º do mesmo artigo, que comprehende a alienação mental, em suas diferentes formas; naquella disposição se cogita do estado de involução senil, que sem tocar ao da demencia, acarreta, entretanto, a irresponsabilidade, em *consequencia do enfraquecimento organico-psy-*

*chico*. A questão não é solucionada uniformemente em psiquiatria e direito penal.

No Congresso da União Internacional de Direito Penal, realizado em Budapest, em 1899, a questão foi aventada, sustentando NICOLADONI, um dos relatores, contra FREISENBERGER, que a velhice, além da *demencia senilis*, pôde dirimir ou attenuar a responsabilidade.

O Congresso adoptou a seguinte proposição: "I. Union proclame que, en dehors de l'alienation mentale déclarée, les changements intellectuels que la vieillesse provoque souvent, doivent être pris en considération particulière dans le droit pénal."

"Incontestavelmente, diz PRINS, encontram-se circumstancias em que o declínio das faculdades e do organismo é evidente e em que, como diz TIRAQUEAU: *Senectus est veluti altera pueritia*.

A debilidade senil é, pois, pelo mesmo titulo que a infancia, uma causa exclusiva de culpabilidade."

Nota mais que, ao passo que a criminalidade dos menores é uma porção consideravel da criminalidade geral, a criminalidade nos velhos, ao contrario, é mais rara.

A estatistica demonstra que a curva da criminalidade se abaixa a partir de cincoenta annos, e que as infracções mais frequentes nos velhos são os attentados aos costumes e ao pudor, revelando uma degeneração doentia, uma fraqueza cerebral que interessa mais á pathologia do que ao direito penal, exclue a responsabilidade e exige medidas de preservação.

Adoptando o ponto de vista acceto pelo codigo bavaro, que lhe serviu de fonte, como já notamos, o nosso codigo considera o enfraquecimento senil só como dirimente, e não tambem como attenuante, omissão inexplicavel, desde que em coordenação com cada uma das dirimentes, elle consigna uma attenuante, pelo que, na occorrença de enfraquecimento senil, que não constitúa uma dirimente, o recurso é valer-se da attenuante geral do art. 42, § 1º.

Para constituir dirimente é necessario que o enfraquecimento senil seja tal que o individuo, em relação ao facto commettido, não tenha tido absolutamente a *libertas judicii*, a possibilidade de conhecer a natureza, as condições e consequencias do acto, e a *libertas consilii*, a faculdade de escolher entre a sua execução ou não execução, e sómente a observação pericial pôde descobrir o gráo de enfraquecimento senil que coincide com essa incapacidade absoluta de imputação, que a lei requer para a dirimente.

## 229. — Jurisprudencia brasileira.

Não é todo e qualquer enfraquecimento senil que traz a incapacidade, mas aquelle que, por sua intensidade e extensão, produz

esse resultado (*Accórdam do Tribunal de Justiça de São Paulo*, de 25 de setembro de 1897).

230. — III). *Desenvolvimento tolhido* (art. 27, §§ 3.º e 7.º).

O *desenvolvimento tolhido* constitue causa dirimente da responsabilidade criminal, e para o código se manifesta sob duas fórmãs: a *imbecilidade nativa* e a *surdo-mudez* (§§ 3.º e 7.º, do art. 27). São casos de *alienação mental*, mas não de *loucura* propriamente dita.

Effectivamente, a *alienação mental* é o genero, de que é especie a *loucura*. Em conceito exacto, *alienação mental* é a perturbação ou anomalia, temporaria ou perpetua, das relações normaes preestabelecidas entre um individuo e o seu meio social, resultantes sempre de um estado *pathologico* ou *teratologico* do cerebro (FRANCO DA ROCHA).

Provém consequentemente, ou do estado *morbido* ou do estado *anomalo* do cerebro, e se afere pelas relações do individuo com o meio social.

Este aspecto social vemos sempre predominante no conceito da *alienação mental*.

A principio foram possessos e endemoniados, que furias e espiritos damnados perseguiram: eram alienados ou anti-sociaes e determinavam o afastamento dos sãos, que fugiam cheios de terror. Depois foram perversos e culpados, punidos pela *loucura*; e eram alienados ou anti-sociaes, castigados com a reclusão nas prisões e nos hospitaes fechados, entre correntes e grades, incapazes de mal fazer.

São agora degenerados e doentes, que é preciso tratar, tanto quanto defendel-os de si mesmos, proteger os outros contra elles, exonerar-os de seus deveres, cuidar de seus direitos: são alienados e anti-sociaes, sempre passíveis de isolamento e internação nos hospitaes e casas de saúde, para o tratamento do individuo, mas egualmente para a tranquillidade publica (DUPRÉ, AFRANIO PEIXOTO).

Ora, a *imbecilidade* e *surdo-mudez* são casos *teratologicos* do cerebro, como a *loucura* e outras affecções mentaes são casos *pathologicos*.

E no conceito de muitos psychiatras, a *imbecilidade* e *surdo-mudez*, como casos de *desenvolvimento tolhido* ou *teratologico* do cerebro, constituem modalidades mais accentuadas da *degeneração*, ou desse grupo de estados intermedios entre a sanidade mental e a *loucura*.

Se para MOREL, que primeiro se occupou da *degeneração*, em 1857, a idéa mais clara que della podemos formar é representada como "*desvio doentio do typo primitivo*, do typo normal da humanidade, desvio que contém elementos de transmissibilidade de tal natureza, que o individuo que tiver o germen torna-se cada vez mais

incapaz de preencher a sua função na humanidade, e o progresso intellectual, já paralyzado na sua pessoa, acha-se ainda ameaçado na dos seus descendentes”; se para MAGNAN e LEGRAIN, preocupando-se menos com o factor da hereditariedade, a degeneração vem a ser “o estado pathologico do sêr que, comparativamente aos seus geradores mais immediatos, tem diminuido constitucionalmente em sua resistencia psycho-physica e não realisa senão incompletamente as condições biologicas da luta hereditaria pela vida”, diminuição que se traduz por estigmas permanentes, physicos e psychicos, entre estes, como *syndromas episodicos* as obsessões, as impulsões e as ebulias, concepção que encontrou forte impugnação, sustentando-se que a obsessão não é por si só o indice de uma constituição degenerativa, porquanto pôde sobrevir accidentalmente, como no caso da neurasthenia adquirida, além de ser muitas vezes extranha á degeneração (KRAEPELIN, TONINI, TAMBURIFI TAÑZA e RIVA, MORSELLI, REGIS, SÉGLAS, FERÉ, BALLEET, DUBOIS e outros); a degeneração, eliminada toda ampliação exaggerada, se firmou modernamente como *doutrina anthropologica e pathologica*, mas não como *methodo nosologico* (J. FALRET), e nesse aspecto vem a ser “uma maneira de ser de certas pessoas, cujo traço dominante é a irregularidade, a desharmonia, a falta de equilibrio nas manifestações mentaes, e isto quer no seu estado habitual, quer no curso dos accidentes pathologicos tão frequentes nelles (ARNAUD).

Assim, *degenerados* (que melhor se denominariam *desequilibrados*, por isso que aquelle epitheto implica uma noção doutrinal, e este não fem outra pretensão do que constatar um facto), se denominam “os individuos nos quaes uma constituição mental *defeituosa, irregular*, sob a influencia da hereditariedade (matrimonios precoces, tardios ou desproporcionados em idade, matrimonios consanguineos de individuos tarados, alcoolismo, syphilis, doenças organicas e nevropathias de um ou dos dois progenitores no momento da concepção), ou pela acção de uma causa pathologica qualquer, se revela por numerosas *anomalias physicas e psychicas*, cujo conjuncto constitue os *signaes de predisposição apparente* ás affecções cerebraes (ARNAUD).

Assim caracterisados, os degenerados se agrupam, com os matizes mais variados, na zona média, entre a sanidade mental e a loucura (MAUDSLEY). Por conveniencia, porém, de methodo no estudo, procurou-se grupal-os em classes, attentos seus caracteres mais communs.

MAGNAN classifica os degenerados em tres classes geraes, classificação esta que tem sido acceita por muitos psychiatras.

EMMANUEL RÉGIS adoptando-a, e tendo em vista as conclusões da anthropologia e sociologia criminal, distribue os degenerados em tres grupos progressivos:

1.º) *Degenerados superiores* ou *desequilibrados*, compreendendo os *desharmonicos*, os *originaes* e *excentricos*, nos quaes o defeito constitucional não se traduz por deformações organicas, mas por anomalias psychicas, que se resumem em lacunas intellectuaes e moraes, instabilidade, excitabilidade, impulsividade. Simples anormaes que vivem fóra da vida commum, não comparecem nos manicômios ou perante os tribunaes, salvo quando atacados accidentalmente de um acesso de loucura ou de uma crise impulsiva.

2.º) *Degenerados médios*, que já apresentam vícios de organização, como *microcephalia*, *estrabismo*, deformações das orelhas e da abobada palatina, *prognatismo*, etc., e como anomalias psychicas, além das notadas, debilidade mental que, porém, não affecta sempre os mesmos caracteres, nem responde a um typo unico, dahi porque podem possuir aptidões artisticas e brilhantes qualidades. O que os domina são lacunas notadas no juizo e senso moral, tendencia quasi impulsiva para a excentricidade, excessos, violencia e muitas vezes actos perigosos. Podem offerecer as seguintes modalidades: 1) simplesmente degenerados, sem complicações psychopathicas; 2) degenerados com os chamados *syndromas episodicos*, isto é, affectados de obsessões e impulsões, ou com *psychoses communs* (*mania*, *melancholia*, *confusão mental*, *demencia precoce*, *loucura systematisada*) ou com *psychoses especiaes* (*delirios especiaes* ou *paranoia*); 3) degenerados com *psychoses raciocinantes* ou *loucura moral*; 4) degenerados com *psychoses criminaes* ou *criminosos natos*.

3.º) *Degenerados inferiores*, accusando o gráo mais avançado das deformidades mentaes, comprehendem as monstruosidades, na *imbecilidade* e na *idiotia*.

Nos *imbecis*, além de se constatar, em regra, assignaladas deformações organicas, vemos intelligencia restricta, e com predominio, a vaidade, a preguiça, a credulidade, a irrascibilidade, os excessos venereos e alcoolicos.

Nos *idiotas*, duas graduações ha a notar: *idiotas de segundo gráo*, *idiotas de primeiro gráo* ou *idiotas completos*; aquelles se caracterisando por vícios de conformação muito accentuados, faculdades intellectuaes em extremo limitadas, por assim dizer em estado rudimentar, e ausencia de sentimentos e affectos, substituidos por instinctos, e estes, os *idiotas completos*, pela deformação organica completa, falta de intelligencia, de sentimentos, de sensibilidade e de certos instinctos.”

231. — O nosso codigo tomando a *imbecilidade*, quando *nativa*, e como comprehensiva da imbecilidade propriamente dita e da *idiotia*, nos seus dois gráos, já assignalados, só considera os degenerados dessa classe e os surdos mudos de nascimento como irresponsaveis, e assim mesmo quando *absolutamente incapazes de imputação* aquelles, e quando não *tiverem recebido educação nem*

*instrução estes, salvo provando-se que obraram com discernimento (§§ 3.º e 7.º).*

Assim, nota SOUZA LIMA, com relação aos chamados debeis de espirito, forma mais leve ou fugaz de degeneração, “que não lhes aproveita o beneficio da irresponsabilidade legal, que não os colhe em nenhum dos seus respectivos artigos.”

O legislador entendeu que, salvos os casos especificados, os individuos considerados como degenerados tinham a aptidão bastante para apreciar as consequencias de suas acções ou para comprehender sua criminalidade.

Ficam assim excluidos os demais degenerados, bem como os affectados de *imbecilidade adquirida* ou de *surdo-mudez adquirida*. Quanto á imbecilidade adquirida, que é a demencia, porque não presuppondo um desenvolvimento tolhido, mas ao contrario completo, escapa ao grupo das causas dirimentes da responsabilidade criminal que, affectando a intelligencia, coincidem com a falta de desenvolvimento mental; a imbecilidade adquirida, pôde ter entrada na fórmula do § 4.º, do art. 27. Quanto á surdo-mudez, o codigo contempla só a *congenita*, excluindo, assim, a *adquirida*, exclusão injustificavel, porquanto esta ultima, que se manifesta em consequencia de traumatismo ou de doenças, especialmente do terceiro anno de vida, acarreta um estado mental identico ao da surdo-mudez congenita, segundo o consenso unanime dos educadores de surdo-mudez.

232. — Divergem os psychiatras no encarar a responsabilidade criminal dos imbecis. Para uns não podem ser considerados responsaveis, por issb que, mesmo se tratando dos chamados delictos naturaes, e embora os imbecis tenham capacidade mental para comprehender que, por exemplo, roubar e matar são acções illicitas, e as commettam muitas vezes com conhecimento e consciencia, todavia deve-se acreditar ou presumir que não procedem *electivamente*, quer dizer voluntaria e livremente, não revestindo suas acções um character moral (LAZZARETTI, SOUZA LIMA, VIGOUROUX e DEBUISSON, etc.).

Outros sustentam que affirmativas absolutas e *a priori* não são admissiveis no assumpto, a responsabilidade podendo ser admittida, se pelas investigações minuciosas do caso concreto, averiguado ficar, como é possivel, que o imbecil bem comprehendeu a significação do procedimento judicial e da condemnação, e conhece as suas consequencias não só penaes (privação da liberdade), como de outro genero, como deshonra, damno á familia, carreira perdida, etc. (SEVERI e TOMELLINI, etc.).

KRAFFT-EBING nota que a apreciação medico-legal não pôde deixar de ser concreta, individual, attendeñdo-se á grande variedade que em taes individuos apresentam suas insufficiencias psychicas. Na medida do desenvolvimento de sua consciencia do direito e de

seu character, mesmo quando este seja defeituoso, são susceptiveis de uma responsabilidade judiciaria; todavia não se devendo esquecer que seus sentimentos moraes e juridicos são pouco desenvolvidos, que a concepção do acto e de suas consequencias possiveis é limitada, e que suas impulsões sensitivas não estão em harmonia com a fraqueza dos motivos moraes capazes de impedir sua execução.

O nosso legislador se collocou neste ponto de vista, só admittindo a irresponsabilidade dos imbecis, quando se reputarem *absolutamente incapazes de imputação*.

Esta clausula final do § 3.º, do art. 27, não se refere unicamente aos velhos, mas tambem aos imbecis natos.

Basta ter em vista a fonte a que recorreu o autor do codigo, segundo elle mesmo declara, e que é o codigo da Baviera, para nos convencer disso. Estatúe este codigo:

Art. 120. Serão particularmente isentos de toda pena: Aquelles que por imbecilidade de espirito forem absolutamente incapazes de apreciar devidamente as consequencias de suas acções ou de comprehender sua criminalidade;

As pessoas que tiverem perdido o uso de sua intelligencia em consequencia de enfraquecimento senil.”

233. — Quanto á situação juridico-penal dos surdos mudos é materia que não tem sido regulada uniformemente pelas legislações.

O codigo penal francez, seguido pelo nosso de 1830 e por diversos outros, nada estatúe sobre esses deficientes, deixando ao imperio dos principios geraes do direito penal; o codigo penal allemão, art. 58, o belga, art. 76, o hungaro, art. 88, o de Neuchatel, art. 85, assimillam o surdo-mudo ao menor quaiquer que seja a sua idade, e estabelecem para uns e para outros a questão do discernimento com as mesmas consequencias, e o italiano, arts. 57 e 58, que torna os surdo-mudos irresponsaveis até á idade de 14 annos completos, e dahi em diante responsaveis, se agiram com discernimento, e sempre com imputabilidade attenuada.

Comparados os dois methodos, preferivel é sem duvida o destes ultimos codigos, porque nem sempre a surdo-mudez reveste os caracteres de enfermidade mental e assim, quando isto não se verifique, no systema moderno que não admite causas dirimentes da imputabilidade além das expressamente determinadas, o surdo-mudo ficaria com igual responsabilidade á dos delinquentes normaes.

Se bem orientado andou o nosso legislador em seguir o methodo desses codigos, que estatuem especialmente sobre a surdo-mudez, criticado tem sido, pelo modo por que regulou o assumpto.

Primeiramente, porque sem razão plausível excluiu a surdo-mudez adquirida das causas dirimentes da imputabilidade, quando essa modalidade, como vimos, produz os mesmos efeitos da congenita, quanto á actividade mental.

Em segundo logar, porque equiparar o surdo-mudo, considerado responsavel, a qualquer delinquente que ouve e falla, quando a observação mostra que tal equiparação é forçada, justo sendo considerar sempre, como faz o código italiano, sua responsabilidade como atenuada.

Depois, estabelecendo a condição — *não tiverem recebido aducação nem instrucção*, admite, a *contrario sensu*, que os surdos-mudos que tiverem recebido uma e outra, são plenamente responsaveis, quando o criterio a seguir seria sempre, quer se tratasse de surdos-mudos instruidos e educados ou não, o de verificar se agiram com discernimento no caso questionado, exactamente como acontece com as menores impuberes, e o estabelece o código italiano, art. 58.

A fórmula do *discernimento*, diz CARRARA, não é, como o acreditou GIULIANI, equivalente á de *instrucção*, que póde exprimir tanto a *causa* como o *efeito causado*, e a responsabilidade não vem da instrucção recebida, mas da aquisição das luzes que dahi resulta. Dizendo que o surdo-mudo é responsavel quando é *instruido*, é de temer que um juiz, á vista do certificado de instrucção do surdo-mudo, o declare responsavel muito embora seja ignorante. Depois, considerado como causa semelhante facto, não poderia mesmo figurar *a priori* em uma lei, sem descer á determinação do methodo e do gráo de instrucção dada. A fórmula do discernimento é, pois, boa e exacta, e só responde ao principio que não se admite condemnação por presumpção, necessario sendo entregar ao magistrado a pesquisa do discernimento, porque depende exclusivamente do exame especial das condições do autor do delicto.”

Não distinguindo o código edades em relação aos surdo-mudos, em face, porém, do que estabelece nos §§ 1.º e 2.º, do art. 27, taes individuos se reputam irresponsaveis quando menores de 9 annos completos, responsaveis se agiram com discernimento até 14 annos, applicada, então, a disposição do art. 30, e dahi em diante é que póde vigorar a disposição do § 7.º

Passível de censura é ainda o código, nota JOÃO VIEIRA, porque fazendo da surdo-mudez uma *dirimente*, salvo a questão do discernimento, não consagra *attenuante*, como fez em outros casos, para quando a *dirimente* não puder ser applicada.

Dahi ensanchas a duvidas, desde que o legislador nem completou o systema que adoptou, nem guardou silencio como fez o código anterior, deixando o surdo-mudo sob o imperio das regras communs.”

Mesmo que não offerecesse as falhas e defeitos apontados, incompleto e insufficiente é em todo caso o methodo adoptado pelo

legislador, applicavel sendo aqui o que expendemos com relação aos menores.

Os surdo mudos, são anormaes e quando pertencentes ás classes infelizes, têm necessidade de assistencia e de protecção e não de repressão.

234. — IV). *Affecções mentaes e perturbações psychicas funcionaes* (art. 27, § 4.º).

Na fórmula do § 4.º do art. 27, pretendeu o legislador abranger todos os casos de perturbação permanente ou transitoria, mas completa, da intelligencia ou dos sentidos, que impossibilite o agente formar juizo ethico sobre a acção delictuosa.

Encarada literalmente, a disposição legal encerra um dispauterio, porque importa em isentar da responsabilidade quem é incapaz de violar o preceito da lei penal.

Na verdade, *privado completamente da intelligencia e dos sentidos* sómente pôde estar quem se achar em estado de morte apparen-te ou real, e, pois, incapaz de qualquer acção ou omissão in-tencional ou culposa.

O autor do codigo veio, porém, explicar como fôra redigida essa desastrada disposição, mostrando mais qual a fonte a que se socorreu e quaes os factos productores da dirimente.

O que expendeu a respeito tem a força de uma interpretação authenticica, aclarando a *mens legis*, e, dahi a necessidade de se ter em vista suas proprias palavras.

“Na publicação official do codigo, diz o cons. BAPTISTA PE-REIRA, foi alterado o § 4.º do art. 27, sendo substituidas as palavras — estado de completa *perturbação* dos sentidos e intelligencia — pos estas outras — estado de completa *privação* dos sentidos e in-telligencia (Parecer sobre o projecto do Cod. Penal, apresentado ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, em 28 de junho de 1897). Em artigo inserto na *Rev. de Jurisp.*, vol. II, ps. 374-376, falla ainda em substituição da conjuncção *ou* pela conjuncção *e*, pelo que o texto deve ser entendido assim:

“Os que se acharem em estado de completa perturbação de sentidos ou de intelligencia no acto de commetter o crime.”

O que é de extranhar, porém, é que o erro não fosse rectificado devidamente, isto é, por decreto governamental, tratando-se de ma-teria de maxima importancia, daquella que é exactamente o *punctum pruriens* de um codigo penal!

Seja como fôr, de accordo com a rectificação trazida pelo autor do codigo, têm juizes e tribunaes entendido os termos do texto legal, creando-se assim uma situação nada edificante, porquanto não sendo licito substituir as expressões da lei por outras não equivalentes, no questionario ao jury a dirimente é formulada exactamentè como vem alli enunciada. Tal situação só foi removida pelo dec. n. 4780,

de 27 de dezembro de 1923, que no art. 38, determinou que: “No art. 27, § 4.º do Cod. Penal, em vez de *privação*, leia-se “*perturbação*”.

235. — Rectificado o texto, mostra o autor do código qual a sua fonte e extensão.

“Por uma noção mais ou menos completa, mais ou menos precisa das causas que dirimem a responsabilidade criminal, em todos os códigos modernos sobressahe este conceito doutrinal — que não é imputável o individuo que no acto de perpetrar o crime não tem a consciencia e a liberdade dos proprios actos; e, na impossibilidade de individuarem essas causas, adoptam de preferencia uma formula geral, que não exclua nenhuma, ou seja a causa pathologica ou physiologica ou mesmo ideologica, como o erro e a ignorancia.

Foi este o systema adoptado pelo código vigente, que corrigiu sensível lacuna do código anterior, segundo o qual só eram isentos de responsabilidade os *loucos de todo o genero*, salvo se tivessem lucidos intervallos...

Sendo preferível ao processo da definição descriptiva das causas excludentes de responsabilidade o que, evitando denominações technicas, as procura abranger em uma formula comprehensiva e precisa, alvitando por este ultimo processo, o código accitou com modificação a que foi adoptada pelo Código da Baviera e preferida também pela illustre commissão encarregada da revisão do código penal de Portugal, da qual foi relator o eminente criminalista Dr. LEVY JORDÃO.

O código da Baviera, considerando no art. 120 isentos de pena as crianças de oito annos, os furiosos, os loucos, em geral todos os que tiverem perdido completamente o uso da intelligencia por hypochondria, os imbecis, os que perderam o uso de sua intelligencia em consequencia de enfraquecimento senil, os surdos-mudos, accrescentou, no art. 121: “pelos mesmos motivos não é passível de nenhuma pena — aquelle que no momento da resolução e consummação do crime *se achar em um estado de perturbação qualquer dos sentidos ou da intelligencia que não seja imputavel ao agente*”.

A revisão, tendo considerado como não criminosos e, portanto impassíveis de pena, os menores de 9 annos completos, os maiores de 9 annos e menores de 14 que obrarem sem discernimento (§§ 1.º e 2.º do art. 27), os que por imbecilidade nativa ou enfraquecimento senil forem absolutamente incapazes de imputação (§ 3.º); contemplou em uma classe especial (§ 4.º) os que se acharem em estado de *completa perturbação* da intelligencia e dos sentidos no acto de commetterem o crime.

E’ a fórmula do código bavaro, que foi acceita com duas modificações sensíveis: uma referente á intensidade da perturbação,

que deve ser *completa* e não *qualquer*, porque só aquella tira ao individuo a consciencia do acto, ou a liberdade da determinação, evitando assim a redundancia do codigo bavaro; outra relativa a condição, que se supprimiu, de ser a perturbação imputavel ao agente, para evitar o gravissimo erro de se considerar passivel de pena, e portanto capaz de dolo contemporaneo da consummação, o individuo, v. g., que procurasse a embriaguez como meio de enco-rajal-o ao crime, ou o que se prestasse a ser hypnotizado para servir de instrumento ao crime de outrem.”

Não foi feliz o legislador quanto á primeira modificação, isto é, de não admittir culpabilidade senão quando houver concomitancia do dolo com a execução do crime, assim deixando impunes individuos nos casos assignalados, de embriaguez preordenada ao crime, ou de hypnotisação para o mesmo fim, doutrina repellida em boa sciencia (n. 185), e expressamente não só pelo codigo bavaro, incontestavelmente um monumento legislativo, como por um dos melhores codigos modernos, o italiano, art. 48, *in-fine*, estatuindo a plena responsabilidade “*se l'abbriachezza sia stata procurata per facilitare l'esecuzione del reato o per preparare una scusa.*”

Egualmente mal orientado andou quanto á outra modificação, porquanto não ha redundancia na fórmula do codigo bavaro, visto como as expressões — *uma perturbação qualquer* —, que emprega, têm como complemento a clausula final — *durante a qual o agente não tivesse tido consciencia do acto ou de sua criminalidade* — que tem a vantagem de accentuar bem os efeitos da perturbação para constituir dirimente da responsabilidade.

As innovações, pois, trazidas pelo legislador foram para peor. Mais avisado andou o legislador argentino, que tomando como fonte o codigo bavaro, não o mutilou tão desasadamente como o fez o nosso, antes reproduzindo-o textualmente.

236. — Passando a mostrar quaes as causas productoras da dirimente do § 4.º, do art. 27, diz o autor do codigo:

“A irresponsabilidade ou deriva do estado de inconsciencia, ou de qualquer alteração, transitoria embora, da psychose, que exclua a livre determinação da vontade.

E' este o elevado conceito que campeia nos codigos modernos e se encontra accentuado de modo nitido nos codigos da Allemanha, § 51, dos Paizes Baixos, art. 37, da Hungria, art. 77, e em todos os que, como o da Hespanha, se inspiraram no da Baviera.

As causas de inconsciencia entram nas tres categorias seguintes:

- a) Parada de desenvolvimento e degenerescencia pathologica do cerebro antes da época da sua maturidade (idiotismo e imbecilidade);
- b) causas organo-pathologicas que embaraçam o livre jogo das faculdades intellectuaes depois dessa época (loucura propriamente dita em todas as suas formas);

c) perturbações psychicas que affectam o individuo normalmente constituido e proveniente de uma alteração transitoria das funcções cerebraes (somno, somnambulismo, hypnotismo, embriaguez). ”

Tendo destacado a primeira categoria, como caso de desenvolvimento tolhido, attenta a differença que a extrema das duas outras, della fez objecto do § 3.º, de sorte que entram no § 4.º as restantes, isto é, a *loucura* em suas diversas modalidades, e as *perturbações psychicas confinantes da loucura*, modificadoras ou alheadoras da personalidade, estados que nos codigos allemão, austriaco e outros, em que se inspirou o legislador, se denominam especialmente estados de inconsciencia.

237. — Determinadas assim a fonte e latitude da disposição do § 4.º, do art. 27, diante de sua expressão, duas são as condições da dirimente ahi contida: 1) que a perturbação dos sentidos ou da intelligencia, provindo de affecção mental ou de psychose, seja *completa*; 2) que seja *concomitante* com a acção criminosa. Falhando qualquer dellas subsiste a responsabilidade.

Para a exacta comprehensão do texto é necessario firmar a accepção do termo.— *sentido* — ahi empregada, por isso que tendo mais de um, preciso se torna examinar qual o tomado pelo legislador.

Em accepção commum, sentido significa o conjuncto de actividades sensoriaes dependentes do mesmo orgão receptor, e é nesta accepção que se faz a classica distribuição dos sentidos em visuaes, auditivos, olfativos, gustativos e tactis.

Na accepção psychologica, sentido é o conjuncto de actividades sensoriaes que concorrem syntheticamente para uma mesma ordem de estados de consciencia ou percepção determinadas. Assim, o sentido cenesthesico que nos dá a consciencia da existencia de nosso corpo, e que é origem primaria das emoções, da sensibilidade moral, resulta principalmente do conjuncto de sensações, internas musculares, tendinosas, articulares e de equilibrio, dando lugar a esse estado sensitivo complexo, tão vago e tão indeterminado em sua natureza, diz BEAMIS, mas tão preciso e tão claro em seu character final de personalidade physica.

Nesta accepção, os sentidos formam a nossa experiencia, a nossa *consciencia espontanea* ou a nossa *consciencia empirica*, segundo KANT, ou o nosso *sensu intimo*, segundo os philosophos escocезes, ou o conhecimento immediato e como o sentimento do que se passa em nosso intimo.

É a accepção tomada pela lei.

A perturbação completa desta consciencia, acarretando a perda do sentimento do eu e dos proprios actos, torna impossivel a *liberdade interna* ou *livre arbitrio*.

Quanto á intelligência, considerada nas suas funcções proprias de elaboração dos dados fornecidos pela experiencia, pela consciencia expontanea ou empirica, apprehendendo as relações das sensações e das imagens, formando idéas geraes, pela abstracção e generalisação, tornando possiveis o juizo e o raciocinio, a *consciencia reflectida*, a sua perturbação completa torna impossivel o juizo ethico sobre os actos, o discernimento do bem e do mal, do justo e do injusto, e consequentemente impossivel se torna a imputabilidade penal.

Assim, quer a perturbação occorra nos sentidos, isto é, nas actividades sensoriaes que concorrem syntheticamente para a formação da consciencia expontanea ou empirica, quer occorra na intelligencia propriamente dita ou entendimento, facultade superior que imprime uma fórma racional aos dados experimentaes, permittindo o juizo, e particularmente o juizo ethico, isto é, o discernimento entre o bem e o mal, ha irresponsabilidade desde que a perturbação seja *completa, concomitante á acção criminosa e provenha da loucura ou de psychose transitoria*.

Apreciemos mais detidamente estas causas.

238. — A loucura pôde ser causa de irresponsabilidade.

1) porque gera um certo numero de paixões, de tendencias, de esforços, de idéas delirantes, de erros de sentidos, que se convertem em motivos de conducta e que, como todas as necessidades de origem organica, se fazem sentir com uma intensidade pathologica.

2) porque contra esses motivos não prevalecem os motivos normaes de conducta, moraes, estheticos ou juridicos, por isso que, como todas as funcções psychicas elevadas, ficam annullados pela doença cerebral (estado de fraqueza psychica), ou não podem penetrar no campo da consciencia, pela perturbação que a doença traz á associação de idéas (melancholia, mania).

3) porque a liberdade de volição desaparece por isso que as idéas delirantes e os erros dos sentidos falsificam a consciencia do verdadeiro e a do não verdadeiro, alteração que pôde ir ao ponto de transformar a personalidade primitiva em uma personalidade pathologica (KRAFFT-EBING).

No campo da psychiatria, com reflexo nas legislações e na pratica forense, tem surgido controversia sobre a latitude desses effectos, sustentando uns que, dada a unidade da vida mental, a loucura produz sempre a irresponsabilidade *completa*, sustentando outros que a irresponsabilidade pôde ser *limitada ou relativa*, o que se verifica quando a enfermidade attinge só a determinadas funcções psychicas.

Argumentam os primeiros que os neurones psychicos escapam ao methodo anatomo-clinico, não sendo localisaveis as suas funcções (PITRES), ou que a localização dos centros psychicos não é admissivel (MUNK), ou que não têm séde nem orgãos as faculdades psychicas e intellectuaes (SURBLED), ou que toda a camada cortical do cerebro intervém na formação das imagens sensitivas e motoras e dos symbolos correspondentes (SCHIFF, WUNDT), e assim, dada a unidade de nossa vida mental, não é possivel um estado de semi-enfermidade, produzindo desarranjos parciaes, permanecendo o espirito intacto quanto ao mais.

A observação attenta mostra, diz CULLERRE, que qualquer que seja na apparencia o circulo restricto em que se move o delirio, a intelligencia não deixa de ser alterada em sua totalidade; que idéas pathologicas não poderiam germinar e se desenvolver senão em um terreno préviamente doentio; que se a louçura é diversa em suas manifestações, é una em sua natureza, e não ha monomano que não apresente, no curso de sua existencia, muitas monomanias differentes, symptomas variaveis de uma doença, e não doenças por si mesmas.”

Ao argumento de que a disciplina que reina nos asylos é prova de que o louco não perde sempre o discernimento entre o justo e o injusto, o bem e o mal, redargue KRAFFT-EBING que em taes casos o que se observa é apenas uma relação de causalidade, o doente conhecendo que praticando tal acção, fica sujeito a consequencia desagradavel, exactamente como se verifica na creança e mesmo no animal.”

Assim, não é admissivel uma imputabilidade restricta ou parcial, tendo como base uma presumida diminuição de intelligencia ou consciencia, por affecção morbida.

“Como affirmar, diz JULES FALRET, que tal acto, commettido em tal momento, é totalmente extranho ás concepções delirantes do individuo, enquanto que outro acto, commettido no mesmo instante, deve ser attribuido a um impulso doentio? Como fragmentar assim a alma humana e fazer duas partes distinctas no que ha de mais indivisivel no homem, sua personalidade, seu livre arbitrio, sua responsabilidade?

Como punil-o no mesmo tempo por certos actos e absolvel-o por certos outros? Quem poderia pretendêr apreciar com certeza o que se passa na intimidade da consciencia, fóra de todo testemunho interior ou exterior?

Quem poderia pesar, medir o gráo de impulsão que levou o doente á acção e o gráo de resistencia que pode oppôr?

Quem tem a pretensão de possuir um *phrenometro*, isto é, um instrumento bastante preciso, bastante rigoroso para calcular com exactidão nesta estatistica intellectual e moral, neste mecanismo complicado das faculdades intellectuaes, moraes e instinctivas, o

poder das forças de impulsão e o contrapeso exercido pelas forças de resistencia ?”

Mesmo nos casos da chamada *força irresistivel*, considerada não como *estado de necessidade psychologica*, mas como emanção de um *estado psychico morbido* (a loucura impulsiva, a loucura moral ou lucida) não é admissivel no mesmo individuo e pelo mesmo acto um agente e um agido, por metades ou partes, criterio scientifico ou pratico não existindo, por que se possa medir os presumidos grãos de irresistibilidade.

Apreciamos em tal caso uma *força* emquanto se manifesta como effeito e o effeito existe ou não existe, eis tudo (SETTI). Se em casos taes, a consciencia do proprio acto não fica de todo abolida, é de notar, porém, que a consciencia requerida para a imputabilidade penal é a do homem normal, no sentido do são juizo ethico sobre o que se vae fazer.

E', em summa, a consciencia moral propria do homem commum, a capacidade de apprehender normalmente o valor dos actos humanos e suas consequencias (FLORIAN).

Entretanto, pesquisas recentes têm demonstrado a localisação das funcções elementares da actividade psychica, como na face externa da camada cortical, a zona perirolandica (sensibilidade geral e motilidade) e a zona média do primeiro e segundo temporaes (ouvido); na face interna, a zona pericalcarina (visão) e zona do hippocampo (gosto e olfacto).

Quanto ás funcções inconscientes e automaticas (psychismo inferior), e ás funcções psychicas superiores, conscientes e voluntarias (psychismo superior), suppõem diversos autores que as primeiras occupam as zonas médias e posterior dos centros de associação de FLECHSIG, e as segundas se reúnem no lobo prefrontal ou zona pre-rolandica.

Com os dados obtidos sobre essas localizações e as fornecidas pela nova theoria dos neuronios, segundo a qual a cellula nervosa, com seus prolongamentos, tem individualidade autonoma e physiologica, apenas relações de contiguidade tendo com as congeneres (MATHIAS DUVAL, LÉPINE, CAJAL), theoria que permittiu demonstrar a diversidade de fórmulas, de grandezas e de disposição dos elementos cellulares em camadas varias do cortex, dahi se inferindo a hypothese da correspondencia do aspecto anatomico com o funcional, e a explicação das psychoses como resultado de lesões parciaes das cellulas nervosas, donde a possibilidade da coexistencia da sanidade mental em uns centros com a enfermidade em outros, o certo é que a solução definitiva aguarda ainda novas pesquisas.

Nessa orientação, psychiatras e criminalistas têm admittido a semi-responsabilidade como consequencia de enfermidades parciaes.

O codigo penal italiano, art. 47, admittiu-a expressamente, muito embora a impugnação forte de INGHILLERI, ARABIA e outros

na comissão de revisão do projecto, depois convertido em lei, e da crítica de eminentes criminalistas.

Ainda para grande numero de partidarios da imputabilidade restricta, ella se applica, não ás enfermidades mentaes propriamente ditas, mas ás anomalias ou vicios de constituição organica, a todos esses desvios do typo commum, assignalaveis nos degenerados ou desequilibrados, representantes da zona intermedia á saude e á loucura, e é nesse sentido que SETTI e outros interpretam o art. 47 do codigo italiano, muito embora a letra não o autorise.

Mas collocada a questão neste terreno, perde muito de sua importancia, porque os partidarios da doutrina reclamam para os semi-responsaveis, não o regimen de repressão commum, com attenuação, como é adoptado pelos codigos italiano, grego, japonéz, dinamarquez e diversos da Suissa, mas a internação em estabelecimentos especiaes de preservação.

239. — O nosso codigo não admite a responsabilidade limitada por motivo de enfermidade mental; esta, quando produz perturbação completa dos sentidos ou da intelligencia, no acto do commettimento do crime, acarreta a irresponsabilidade completa.

Pretendem alguns que a responsabilidade limitada ou parcial, por enfermidade mental, tem cabida no art. 42, § 1.º, mas tomada esta disposição ao anterior codigo, art. 18, § 1.º, na sua vigencia se entendeu que era comprehensiva do dolo eventual e da culpa, e no dominio do actual, excluida a culpa, que é prevista distinctamente, a attenuante só pôde comprehender o dolo eventual, como teremos occasião de ver.

Constituindo a loucura causa dirimente da responsabilidade, quer pelas desordens e incoherencias da ideação, quer pelas desordens da sensibilidade, levando á impulsibilidade, resta em cada caso verificar, pelo exame pericial, que é o meio adequado, se a enfermidade mental era de ordem a produzir um ou outro daquelles disturbios, e de modo a impossibilitar o agente, ou de formar *juizo ethico*, isto é, discernir o bem do mal, o justo do injusto, quanto ao acto praticado, ou de *agir livremente*.

Para isso mistér se faz conhecer a modalidade da enfermidade mental, seu gráo de evolução, seus efeitos.

Dahi a importancia da classificação nosologica, pois diagnosticar uma doença mental não é senão integral-a em determinado grupo de um quadro nosographico préviamente adoptado; dahi tambem o valor theorico e pratico de uma tal classificação, o primeiro-se medindo pela sua estrutura mais ou menos complexa, o segundo pela facilidade maior ou menor com que nella encontramos os grupos a que reportar os estados psychopathicos observados (JULIO DE MATOS). Iniciando-se a distribuição das enfermidades mentaes por um só character, o symptomatico, formando-se *classificações artificiaes*, ou grupos sem connexão apreciavel (PINEL, ESQUIROL), o de-

envolvimento da sciencia psychiatrica trouxe os subsidios para uma *classificação natural*, como assento em pluralidade de caracteres, ligados os grupos por dupla relação de generalidade ou extensão decrescente e complexidade crescente (grupos e sub-grupos, classes, generos, especies e variedades), ou, em synthese, uma classificação com uma *estructura*, que falta na distribuição artificial.

Varias têm sido, nesse sentido, as classificações delineadas com apoio nos caracteres etiologico, symptomatologico, evolutivo e anatomopathologico, nenhuma, porém, se tornando definitiva, attenta a evolução por que passa a sciencia; entretanto, o cotejo das principaes classificações, traçadas pelos autores allemães e italianos (KRAFFT-EBING, SCHULE; KRAFFPELLIN, MORSELLI, BIANCHI e TANZI), mostra profunda analogia entre si, todas tomando o elemento causal como caracter dominante, sem olvidar os outros, e, assim patenteando que já está achada a directriz a seguir.

Destacando a classificação feita por KRAFFT-EBING, por ser adaptavel aos codigos allemães, aos quaes se cingiu o nosso legislador para caracterisar a dirimente do § 4.º, do art. 27, vemos aquelle tratadista formar primeiramente um grupo distincto, comprehensivo dos casos de desenvolvimento tolhido, e que denomina "*paradas do desenvolvimento psychico*" (idiotia congenita completa, imbecilidade e surdo-mudez congenita ou adquirida na infancia). Passando ás *enfermidades mentaes* propriamente ditas, as distribue nos seguintes grupos:

- 1.º — Melancholia.
- 2.º — Mania.
- 3.º — Delirio agudo.
- 4.º — Paranoia.
- 5.º — Estados de fraqueza mental adquiridos.
- 6.º — Demencia senil.
- 7.º — Demencia paralytica.
- 8.º — Loucura alcoolica.
- 9.º — Morphinismo e cocainismo.
- 10.º — Molestias nervosas acompanhadas de perturbações psychicas.
- 11.º — Loucura epileptica.
- 12.º — Hysteria.
- 13.º — Neurasthenia: nervose traumatica.
- 14.º — Degenerações psychicas.
- 15.º — Loucura moral.
- 16.º — Loucura impulsiva.
- 17.º — Loucura periodica: influencia da menstruação sobre a vida mental: loucura menstrual periodica: intervallos lucidos.

Finalmente, destaca, como grupo distincto, as perturbações psychicas, assignalaveis por caracteres proprios, e que denomina:

“*estados de inconsciencia pathologica*”, de que nos vamos occupar mais detidamente.

240. — As perturbações psychicas, que KRAFFT-EBING denomina “*estados de inconsciencia pathologica*”, o codigo penal allemão “*estado de inconsciencia*” (art. 51), e o austriaco “*estado de confusão mental*” (art. 2) e que supprimem a capacidade da imputação, com o mesmo titulo que as enfermidades mentaes chronicas, se caracterisam: 1.º, pela fugacidade de seus symptomas, fugacidade que indica de uma maneira formal sua origem symptomatica; 2.º, pela gravidade da perturbação da consciencia que vae até sua suppressão, e que é muito profunda comparativamente á duração da perturbação; 3.º, pela coincidência da confusão com uma ausencia completa da memoria para os factos que se passaram durante o estado de alienação.

F’ mesmo por essa ausencia de memoria que essas perturbações psychicas se distinguem das doenças mentaes chronicas e autonomas, nas quaes o doente conserva a consciencia de seus actos.

Cumprê notar que a concepção juridica e psychologica da *inconsciencia* não é identica a concepção vulgar, segundo a qual sob essa denominação se comprehendem estados de ausencia completa da consciencia do mundo exterior, com a syncope; na concepção medico-legal, a inconsciencia denota o estado em que o individuo não é senhor da razão e dos sentidos, mas continúa a viver e a agir, relacionado com o mundo externo por intermedio de allucinações. de concepções delirantes e por visões de sonho.

Póde, então, praticar acções criminosas, das quaes, porém, não tem consciencia, agindo automaticamente, e por isso não conserva lembrança do que fez, e quando muito se recordando como de um sonho. Estes estados anomalos têm grande importancia medico-legal, já por sua frequencia, já pela gravidade dos actos commettidos em sua duração, e, entretanto, sua fugacidade agrava a difficuldade da apreciação do estado subjectivo do autor no momento do acto criminoso.

Se para essa constatação se recorria antigamente só aos elementos psychologicos, hoje tem-se tambem como imprescindivel o exame dos elementos que constituem a base somatica sobre que se desenvolveu o estado de inconsciencia, donde a necessidade da pericia.

Estes elementos são representados por factores congenitos (hereditarios ou devidos a perturbações no desenvolvimento do craneo e do cerebro), ou adquiridos (determinados por nervoses e doenças cerebraes), ou por causas episodicas, como perturbações da nutrição cerebral, febres ou intoxicações, crises menstruaes, emfim processos que acompanham o somno e sonho (KRAFFT-EBING).

Psychologicamente, o criterio mais certo, diz o mesmo autor, é a maneira por que se comporta a memoria.

Em todos os casos, a amnesia é uma das melhores provas da inconsciencia de um acto.

A duração e o gráo da perturbação da memoria indicam, em uma certa medida, a duração e o gráo do estado de inconsciencia, e podem mesmo dar ao acto o cunho especial do estado de inconsciencia. A amnesia completa se encontra na mania transitoria, no raptus melancholico, no delirio por intoxicação, no grande mal epileptico, e em seguida ao momento maximo das coleras pathologicas.

A memoria summaria, lacunar, existe no pequeno mal epileptico. A lembrança é limitada ao conteúdo dos factos delirantes, com exclusão dos acontecimentos reaes do mundo exterior, no extasis, em certos estados somnambolicos e epilepticos. A ausencia da memoria, como symptoma subjectivo, deve ser devidamente apurada, de sorte a evitar os embustes da simulação.

Segundo ainda KRAFFT-EBING, os estados concretos de inconsciencia pathologica se dividem, conforme os processos somaticos que lhes servem de base, nos seguintes grupos:

a) Estados anormais do somno e do sonho (embriaguez do somno e sonambulismo);

b) Estados de perturbações circulatorias cerebraes de natureza vaso-motriz acompanhadas de symptomas psychicos: 1) mania transitoria por hyperthermia fluxionar da crosta cerebral; 2) raptus melancolico, provavelmente causado por uma anemia cerebral brusca, secundariamente a espasmos vasculares;

c) Estados de intoxicação: 1) pelo alcool; 2) por outras substancias toxicas;

d) Estados de delirio febril e de delirio de inanição;

e) Estados de colera pathologica, sob a influencia de estados cerebraes morbidos, congenitos ou adquiridos.

Taes são os estados de inconsciencia pathologica que, ao lado da loucura em suas differentes formas, constituem a dirimente da responsabilidade, prevista no art. 27 § 4.º, e aos quaes se refere explicitamente o autor do codigo, no parecer referido, seguindo a lição de KRAFFT-EBING.

Desses estados, requerem detida apreciação, por serem mais frequentemente invocados, mas nem sempre devidamente caracterizados, especialmente pelo jury, a embriaguez e os estados passionaes.

241. — Para se apreciar devidamente o effeito do alcool sobre a responsabilidade criminal, é preciso partir de certas distincções, indo depois ao exame das perturbações physiologicas e psychologicas, que acarreta, abordando, então, o aspecto juridico. E referimo-nos ao alcool, porque é deste que cogita o legislador quando se refere expressamente á embriaguez, olvidando outros toxicos, como a cocaina, a morphina, etc.

Para designar a intoxicação pelo álcool, se usa do termo *alcoholismo*, creado por MAGNUS HUSS e usado desde 1849.

Duas modalidades offerece o alcoholismo: ou é *agudo* ou *chronico*, segundo os accidentes morbidos, physicos ou psychicos; determinados pela ingestão do toxico, offerecem uma evolução rapida ou lenta.

O alcoholismo chronico é o resultado de reiteradas libações, copiosas ou discretas.

Para que elle se estabeleça é necessario e sufficiente que cada dose de álcool, grande ou pequena, seja ingerida antes de exgotados os effeitos da precedente (KRAEPELIN, JULIO DE MATTOS).

A intoxicação, assim produzida, offerece na sua marcha episodios agudos e reveste aspectos psychiatricos diversos: a degenerescencia, os delirios systematisados ou paranoides, o delirio allucinatorio, a pseudo-paralysis geral e o delirio tremens.

E' pelo exame concreto que se pôde aquilatar da responsabilidade do individuo, apreciando as alterações que o toxico trouxe ao systema nervoso central, mas quando de ordem a trazer a degenerescencia psychica, allucinações ou illusões, em cuja occurrencia seja praticado o acto criminoso, certo que as condições de capacidade de imputação ficam destruidas (KRAFFT-EBING).

E' o caso da loucura alcoolica (n. 239), e tem applicação a dirimente do art. 27 § 4.º.

O regimen a sujeitar o individuo em taes condições seria o de tratamento especial em asylos adequados, como se vêem nos Estados Unidos, na Inglaterra e Suissa (*Inebriate's Home, Drunkard's Asylum*). Em nosso paiz nada se tem feito a respeito.

O alcoholismo agudo pôde ser o resultado de uma exaggerada libação por parte de um individuo normal, ou o effeito de uma ingestão de álcool, mesmo em dose minima, por parte de um nevropathia, nomeadamente epileptico, hysterico, imbecil ou traumatizado cerebral.

Costuma-se denominar a primeira modalidade de *embriaguez simples* ou *physiologica*, e a segunda de *embriaguez pathologica*, denominações que devem ser entendidas em referencia ao embriagado.

A embriaguez pathologica ou maneira pathologica de reagir ao álcool, pôde resultar, além dos factos constitucionaes, de causas nocivas que facilitam a acção congestiva do álcool, como a colera violenta agindo bruscamente, esforços physicos, dança, etc., excitações sexuaes, elevação de temperatura exterior, addição de substancias narcoticas ao álcool, cigarros fortes, etc.

Nestes casos de embriaguez pathologica, trata-se de uma mania ebriosa ou mania a *potu*, que só a pericia pôde constatar devidamente (KRAFFT-EBING).

242. — Quanto á embriaguez simples ou physiologica, que cumpre apreciar especialmente, dadas as controversias que tem originado no tocante aos seus effeitos juridicos, para o nosso codigo pôde constituir, considerada em si mesma, uma contravenção (arts. 396 a 398), e quanto aos factos delictuosos commettidos sob sua influencia, ou uma attenuante (art. 42 § 10), ou a dirimente do art. 27 § 4.º.

No dominio do anterior codigo, divergiam os seus commentadores, uns entendendo que além de attenuante (art. 18 § 9), elle constituia tambem uma dirimente (THOMAZ ALVES, CUNHA MENDES), outros que só uma attenuante (LIBERATO BARROSO, JOÃO VIEIRA), neste sentido se pronunciando a jurisprudencia.

Estas duvidas não subsistem perante o codigo vigente, porquanto referindo-se á embriaguez *incompleta*, que constitue attenuante, desde que não seja procurada como meio de animar a perpetração do crime e não seja o delinquente acostumado a commetter crimes nesse estado (art. 42 § 10), o codigo admite implicitamente a embriaguez *completa*, e dada a formula do art. 27 § 4.º, ella ahi tem entrada, quando produza os disturbios psychicos ahi previstos.

A questão se limita a examinar quando ha embriaguez completa e quando ha incompleta.

No ponto de vista clinico, tem-se tornado classica a classificação em tres periodos da marcha evolutiva da embriaguez.

No primeiro periodo, chamado *jocundo*, de *excitação*, de *exaltação simples*; as faculdades da intelligencia e as forças physicas se exaltam ligeiramente; sentimento de bem estar; rapidez de pensamento; escolha feliz de expressão; amabilidade um tanto exuberante; algumas incoherencias na narração; palavras indiscretas e irreflectidas; integridade dos sentidos; consciencia desperta, na qual a alegria só raramente cede aos impulsos da colera. No segundo periodo, chamado do *crime*, *furioso*, de *embriaguez confirmada*, decresce a vivacidade da imaginação, que depois se extingue, a voz vae se elevando progressivamente, chega á turbulencia, a face torna-se rubra ou empallidece extraordinariamente: incham as veias do pescoço; a respiração torna-se anciosa; estabelece-se cephalaria congestiva; os sentidos, primeiramente enfraquecidos, embotam-se depois; os movimentos tornam-se incertos; a pronuncia se embaraça; os membros inferiores vacillam; dão-se evacuações involuntarias; augmentam a dissociação das idéas e a incoherencia das palavras; fallece a memoria; a vontade se paralysa, as paixões se inflammam, explodindo pelo menor pretexto, e podem conduzir a actos irresistiveis, tanto mais facilmente quanto é certo que as illusões, as allucinações e os impulsos, que frequentemente apparecem neste periodo, se accentuam sobremodo.

O perigo é imminente; o homem, assimilavel neste momento ao maniaco, é tão perigoso para si como para os outros.

No terceiro periodo, chamado *lethargico*, ou de *côma alcoolico*, de *embriaguez toxica*, apparece um somno profundo, apopletico, acompanhado de estertor respiratorio.

Incapaz de fazer bem ou mal, extranho ás coisas do mundo externo, o individuo é um animal inoffensivo, exposto sómente a soffrer as consequencias perigosas deste estado degradante (LEGRAND DU SAULLE).

Procurando-se a explicação destes phenomenos ou sua natureza intima, na apparencia parece tudo devido a um processo excitante, mas na realidade paralyzante é a acção do toxico, assumindo aquelle aspecto por começar pelos centros e funcções cerebraes mais altos, inhibidores do automatismo. O alcool paralyza os centros do juizo e da reflexão, e dahi, porque faz o soldado mais corajoso, porque o torna menos preocupado com os perigos e menos reflectido e dá mais liberdade e enthusiasmo ao orador, porque o faz menos preocupado, menos impressionado diante do publico (VERHAEGUE).

Pela acção directa do toxico sobre esses centros superiores, desapparecem gradual e insidiosamente todas essas representações estheticas, todos esses juizos moraes que se offerecem ao individuo como elemento de contrôle pessoal, e dahi a pratica de actos violentos ou immorales.

É ainda pela paralyzia, que agindo o toxico sobre as funcções automaticas, produz os disturbios notados e finaes sobre a palavra e os movimentos, levando á prostração e á somnolencia.

Mas se theoreticamente a classificação dos estados ou periodos da embriaguez se faz assim sem difficuldades, praticamente, porém, não encontra sempre confirmação, já porque os periodos assignalados passam insensivelmente de um a outro, já diante da diversidade dos factores constitucionaes e accidentes, como a tolerancia maior ou menor á bebida, a dose e a qualidade desta (KRAFFT-EBING). Cada individuo tem seu modo de ser bebedor. A diversidade, diz FRANCO DA ROCHA, começa desde a quantidade de alcool sufficiente para produzir a intoxicação. Os *cabeçudos* bebem uma garrafa de cognac e se conservam no primeiro periodo da embriaguez; pelo contrario os *moleirões*, desequilibrados ou degenerados, com uma pequena dose de alcool se transtornam completamente, agredindo e commettendo desatinos.

Collocando-se, porém, no ponto de vista da classificação, por entender que as difficuldades praticas não autorisam a sua proscripção, SOUZA LIMA considera completa a embriaguez no terceiro periodo, e incompleta no segundo, por isso que o primeiro é verdadeiramente prodromico, não perdendo o individuo o gozo dos sentidos, nem a consciencia e dominio de seus actos.

Semelhante modo de ver não pôde ter acolhida em face da lei. Desde logo se manifesta a incongruencia a que se chega com essa intelligencia, por isso que beneficiado pela dirimente só ficaria

quem fosse incapaz de acção, e, pois, de materialmente commetter crime.

Ha nisso confusão da accepção psychologica com a accepção vulgar do que seja inconsciencia, distincção que já assignalamos (n.º 240), e que KRAFFT-EBING recorda para apreciar a responsabilidade do ebrio.

Assim, a embriaguez completa, tomada na accepção juridica, não é a do estado de cõma, mas aquella que elimina a consciencia do eu, aquella que não impossibilitando o individuo de andar, de fallar, fal-o, porém, relacionar-se com o mundo extremo por meio de illusões, de hallucinações, o que se verifica na phase final do segundo periodo classico.

Assim, desde que no primeiro ha plena responsabilidade, temos de scindir o segundo em duas phases, uma constituindo apenas atenuante, dados os requisitos do art. 42 § 10, e outra a dirimente do art. 27 § 4.º.

Na primeira, diz o Dr. JOÃO FROES, em que domina a scena o enfraquecimento de todas as faculdades, ao lado da impetuosidade das tendencias violentas a libertarem-se dos freios do raciocinio, nesse crepusculo da consciencia que ainda bruxoleia, despedindo os ultimos lampejos de inibição, nella existe responsabilidade, e tem cabimento a atenuante de que cogita o § 10 do art. 42; na segunda, em que o delirio se enthronisa, com o cortejo tetrico de illusões e allucinações terrificantes, revestindo o caracter do ebrio o cunho excito-motor aggressivo, persecutorio, ás vezes convulsivo, ha irresponsabilidade completa.

Recorrendo ao criterio psychologico, que é mais seguro, podemos distinguir uma phase de outra, diz KRAFFT-EBING, dizendo que na primeira phase se conserva a consciencia do mundo exterior e da propria personalidade, embora sensivelmente perturbada, e na segunda essa consciencia é suspensa.

O estado da memoria constitue um signal bastante preciso para distinguir esses dois estados.

A memoria, com effeito, é intacta na primeira phase, ou pelo menos summaria; ao contrario, quando a embriaguez é completa, a memoria falta para certos periodos ou para toda a duração do estado morbido.

Cada vez que um acto criminoso fôr commettido durante a embriaguez e em momento a que corresponda uma amnesia completa, devidamente verificada, deve-se concluir que o tempo a que ella alcança, é um periodo de inconsciencia.”

E como para caracterisar a dirimente do art. 27 § 4.º, o legislador só encara o *momento do acto criminoso*, eliminando qualquer distincção quanto ao facto causativo da perturbação dos sentidos ou da intelligencia, como já vimos, não ha que distinguir entre embriaguez *accidental*, quando o agente se embriaga sem culpa, ou

pela propriedade excepcional da bebida, por elle ignorada, ou por acto malicioso de outrem, e embriaguez *voluntaria*, quando o agente bebe voluntariamente sem desejar embriagar-se, mas sabendo e prevenido o resultado de suas libações excessivas, ou embriaguez *procurada* ou *preordenada ao crime*, isto é, buscada como meio de encorajamento ou de escusa, distincções que o código italiano, art. 48, tem em vista para conceder isenção da responsabilidade sómente no primeiro caso

Accidental ou não a embriaguez, mesmo procurada, o agente é irresponsavel se commetter o acto perturbado completamente dos sentidos ou da intelligencia.

Desde que o dolo não seja contemporaneo da acção, não ha responsabilidade, segundo a intuição accerta pelo autor do código, e por elle declarada expressamente, referindo-se até ao caso da embriaguez preordenada (n. 235).

243. — Passemos aos estados passionaes, occupando-nos primeiramente dos physiologicos e depois dos pathologicos.

Como é sabido, a nossa vida psychica se manifesta por tres formas fundamentaes — a sensibilidade, a intelligencia e a vontade.

A sensibilidade, que nos cumpre apreciar especialmente, se revela pelas impressões que recebemos das coisas, pelo estado affectivo agradável, desagradável ou mixto resultante e pela reacção que offerecemos á impressão, em forma de *tendencia* a se approximar ou a se afastar do objecto exterior.

Se a impressão é physiologica, isto é, se se trata de um estímulo produzido por um objecto exterior sobre os organs sensoriaes, e transmittida pelos nervos sensitivos ao cerebro, o estado affectivo resultante constitue uma *emoção physica* ou *sensação*; se a impressão tem por antecedente outro estado de consciencia (idéa ou volição), o estado affectivo resultante constitue uma *emoção intellectual* ou *moral*, ou o *sentimento*.

As emoções são assim estados de consciencia mais ou menos intensos e breves, primarios, resultado immediato de nossa organização. Physicas ou moraes, reagem sobre as tendencias, que, ou visam o bem estar corporal (appettites ou necessidades), ou o bem estar do espirito (inclinações propriamente ditas).

Se a tendencia ou inclinação, assim estimulada pela emoção, se torna impetuosa, dominante, duravel, tem-se, então, a *paixão*.

Assim, entram a constituir a *paixão*: 1.º) elementos affectivos, agradaveis, desagradaveis ou mixtos, simples ou complexos; 2.º) elementos motores (tendencias *dynamicas* ou *positivas*, isto é, expansivas, ou tendencias *staticas* ou *negativas*, concentradas, agindo sobretudo por inibição; 3.º) elementos intellectuaes (imagens, idéas).

Ao contrario da emoção, a *paixão* é um estado de consciencia derivado ou de formação secundaria, complexo, em parte natural,

porque é uma tendencia ou inclinação que se exaggera ou o resultado do temperamento e do character, e em parte artificial, sendo obra do pensamento, da reflexão, applicada a essa tendencia, suppondo assim a influencia de factores externos, isto é, as condições do meio exterior, a imitação, a suggestão.

Implica, pois, um certo desenvolvimento e experiencia, uma certa estabilidade, e dahi porque não se encontram paixões nas creanças, salvo a que se apoia nas necessidades nutritivas, muito desenvolvida, estavel e exigente nellas, isto é, a gula.

Dahi ainda porque não se deve confundir, como aliás sóe acontecer frequentemente, o apaixonado com o emotivo-impulsivo (des-equilibrados de todo genero), porque se traduzindo o estado destes por impulsões varias, isto é, pela hyperesthesia dos centros sensitivos, pela tensão excessiva dos centros motores e pela fraqueza dos centros, inhibitorios, a instabilidade de tal organização se oppõe á constituição de um estado duravel, e, pois, da paixão (RIBOT).

Caracterisa-se, pois, a paixão pela exaltação ou desenvolvimento sensível de uma tendencia ou inclinação, que predomina sobre as outras, absorvendo em seu proveito todo o poder de desejar e de sentir, dada a cumplicidade da vontade.

Acarreta dest'arte uma desorganização, porque a paixão priva as outras inclinações de seu fim e chega a abafal-as; mas constitue uma organização nova, porque concentra todas as energias sensíveis até então esparsas sobre o objecto que visa.

Ligando as paixões ao appetite sensitivo, ou tendencia para um bem sensível, os escolasticos as classificavam, segundo o bem ou mal sensível e facil de obter ou evitar (appetite concupiscível), nas seis espécies seguintes: amor, ódio, desejo, aversão, alegria ou tristeza, e segundo ha obstaculos a vencer para attingir o objecto ou delle fugir (appetite irascível), nas cinco especies seguintes: audacia, medo, esperança, desespero, colera.

Modernamente, tomando por base a tendencia informativa, classificam-se as paixões em *pessoaes* (physicas e moraes), *sociaes* ou *altruisticas* e *superiores* ou *idéaes*.

Nesse sentido, RIBOT distribue as tendencias em quatro grupos, a saber: 1.º) tendencias tendo por fim a conservação individual, nas formas principaes da fome e da sede, com as paixões correlatas da gula e da bebedice; 2.º) tendencias proprias á conservação da especie, donde o amor, que occupa uma posição privilegiada, porque, de uma parte, tem por base o instincto sexual, e de outra parte, pôde caminhar a par das paixões mais intellectualisadas, mais altas; 3.º) tendencias que contribuem para a expansão do individuo, para a-affirmação de sua vontade de poder e que se podem distribuir em tres categorias, segundo a expansão se opera por *sympathia*, por *conquista* (paixão de aventuras, do jogo, ambição, avareza) e

por *destruição* (antipathia, odio, cujo termo final é a vingança, ciume).

Estes tres grupos de tendencias produzem as paixões mais diffundidas, as que correspondem ás necessidades mais profundas e estaveis da natureza humana.

O quarto grupo de tendencias é constituido das menos exigentes na maior parte dos homens, e assim menos aptas para se tornarem preponderantes ou tyrannicas (paixão esthetica, scientifica, religiosa, politica, moral).

244. — Determinada a natureza psychologica da paixão, quanto ao seu valor moral, se para os *Hedonistas*, as paixões são boas, dão a impressão fiel das leis da natureza, pelo que é necessario deixal-as desenvolver em plena liberdade (ARISTIPPE, FOURIER, SAINT-SIMON); se para outros constituem antes um mal, um movimento contrario á natureza, a perturbação da alma, pelo que devem ser eliminadas para chegar á impassibilidade (ZENON, os *Stoicos*); para outros, em meio termo, as paixões podem ser más, quando derivam de inclinações más, anti-sociaes, como o odio, a vingança, ou de boas inclinações, mas pervertidas com o tempo, e podem ser boas, quando derivam de inclinações boas e contidas nos legitimos limites, como o amor da patria, da familia (ARISTOTELES e os *Peripateticos*). Dahi a necessidade de canalisal-as convenientemente, o que se faz pela educação e pela repressão penal.

Como nota PROAL, nas paixões más e suas modalidades se encontra a fonte mais copiosa dos crimes, a explicação de seu polymorphismo.

O debochado commette crimes contra os costumes; o cupido torna-se falsario, ladrão e escroc; aquelle que cede á vingança e á colera commette sobretudo violencias contra as pessoas ou contra as coisas.

Póde-se dizer que a violencia das paixões, a esperança da impunidade, a imagem acariciada do proveito que advirá do crime, bastam para explicar a violação da lei moral e da lei positiva.

De como as paixões constituem o factor principal dos crimes, nenhum se verificando que não tenha como coefficiente necessario qualquer dellas, demonstram as estatisticas judicarias, vendo-se a inclinação para o crime diminuir com a idade e o maximo da criminalidade se verificar dos vinte e um para os trinta annos, isto é, a tendencia ao crime se enfraquecendo á medida que as paixões se acalmam e que a razão ganha em vigor.

Pretender, pois, converter a paixão, em todos os casos, em causa dirimente da responsabilidade, seria um contra senso, porquanto, valeria, diz SETTI, em proclamar a bancarrota do systema repressivo, por isso que se não houvesse paixão não haveria crime, e não havendo crimes não haveria codigos.

Como observa IMPALLOMENI, se as paixões são inherentes á natureza humana, não se deve concluir que as paixões criminosas sejam um facto normal da humanidade. A primeira proposição é verdadeira, porque as paixões são uma das mais poderosas energias da actividade social; a segunda proposição é falsa, porque as paixões criminosas são a propensão para o mal de uma energia natural.

Confundir uma coisa com outra é justamente o equivoco no qual têm sahido todos aquelles que, de uma maneira ou de outra, querem a impunidade ou a quasi impunidade dos crimes passionaes e mais especialmente dos crimes que têm por movel o amor.

Esquece-se assim que uma das funções da lei penal, e a mais geral e mais constante, é a que oppõe na consciencia das pessoas inclinadas ao crime um dique ao transbordar das impulsões criminosas, fortificando artificialmente, pela ameaça da pena, os motivos moderadores da conducta.

E' um fraco freio muitas vezes, é preciso confessar, para lutar contra a invasão das paixões criminosas, mas tem sempre um valor negativo indiscutivel, o de impedir o grande poder suggestivo dos crimes, que resultaria de uma certeza de impunidade concedida aos delinquentes passionaes.”

245. — No seculo ultimo, o estudo das molestias mentaes, até então incipiente, levou diversos autores a identificar a paixão á loucura, e outros, em forma mais mitigada, a estabelecer um simile entre uma e outra (entre nós EVARISTO DE MORAES e outros).

E' a these pathologica, de que se tem valido todos aquelles que pregam a irresponsabilidade por motivo passional.

Entre os primeiros se colloca REDA, para quem as paixões, em si mesmas, são equivalentes psychopathicos.

“A concepção, diz elle, implicitamente contida na theoria dos equivalentes epilepticos (SAINT LOMBROSO), tão fecunda em resultados para o conhecimento de muitos factos morbidos, deve se estender do campo da epilepsia para toda a actividade pathologica dô espirito humano. Sabe-se que os “equivalentes epilepticos” são perturbações profundas da consciencia que, como preludios de um accesso propriamente dito, muitas vezes a substituem, sem produzir perturbações motoras, vaso-motoras, etc.

E' uma redução na esphera psychica do quadro clinico da epilepsia e como uma attenuação dos phenomenos que ella apresenta.

As paixões são para as psychopathias o que os equivalentes psychicos são para a epilepsia.

São preludios ou substitutos quer no individuo, quer no processo hereditario das formas morbidas classicas; apresentam suas formas attenuadas e têm todavia o mesmo exito.”

Repellindo o absoluto desta these, muito embora considere a paixão e a loucura talhadas no mesmo estofa, RIBOT mostra que a pretendida identificação completa é inaceitavel.

Cotejando-se as classificações das molestias mentaes com as das paixões, diz elle, verifica-se que não coincidem em todos os pontos. Ha molestias mentaes, estados como a melancolia, que não têm equivalente passional.

Quaes seriam os das loucuras diathesicas?

Se é certo que quando se passa da paixão, sob suas formas vivas, á loucura, têm-se a impressão de não mudar de meio, mas é uma *impressão* antes que uma certeza positiva, experimental."

Procurando resolver a questão — toda paixão é morbida por natureza? — diz que o unico processo conveniente, *não para resolvel-a*, mas *para esclarecel-a*, é examinar o valor da paixão como facto biologico.

E' de indagar se a paixão é um instrumento util para a vida do individuo.

A questão não é simples e a resposta depende da concepção que se faça da vida.

Se para viver bem, se entende viver muito, isto é, accumular em tempo dado um grande numero, não de idéas puras, mas de impressões affectivas, attribuir-se-á á paixão um valor biologico positivo; se ao contrario apreciarmos a vida economicamente, decidir-se-á que a paixão é força perdida, e, pois, de valor biologico negativo. Deixando essas affirmativas contrarias, que, como todos juizes de valor, são subjectivas, procurando uma avaliação exterior, objectiva, segundo os resultados, a solução negativa parece aceitavel.

Toda a paixão, mesmo curta, é uma ruptura na vida normal.

Caracterisando-se pela formação de um caracter parcial, por associações regidas por uma só idéa em uma direcção unica, pela polarisação da consciencia, a paixão é um estado anormal, senão pathologico, uma excrecencia, um parasitismo."

Em summa, conclue o psychologo francez, as pequenas paixões são simples predisposições, as medias o signal pathologico ; as grandes são morbidas e se approximam da loucura quando ahi não terminam ; e como além dos dois extremos se póde constatar de facto todos os grãos possiveis de transição, é igualmente legitimo sustentar que a paixão é uma loucura e que não o é.

Não ha resposta absoluta."

No conceito do mesmo escriptor, as *grandes paixões*, que são morbidas e se approximam da loucura quando nesta não terminam, e que assim poderiam fundamentar a irresponsabilidade criminal, assignalam o ponto culminante da vida affectiva ; seu maximo de energia, de intensidade, de permanencia, seu dominio incontestado no individuo se exprimem externamente eplo irresistivel poder de seus effeitos.

Um tal estado não pôde ser frequente, e sua raridade advem muitas vezes de se lhe faltarem poder e constancia.

Para o psychologo, os grandes apaixonados são heroes a sua maneira, fascinados e possuidos por seu ideal, arrastados por elle até a morte ; dahi porque as grandes paixões se impõem á admiração dos homens como os grandes heroes da natureza.”

Tudo isto mostra que, ao entrarem no dominio judiciario criminal, o fazem excepcionalmente, como notas rarissimas.

246. — Contra a pretendia indentificação da paixão a um estado morbido, a um estado de insanidade mental, o que levaria logicamente a excluil-a do dominio da psychologia commum, levando-a para o da pathologia do espirito, tem-se argumentado não passar de uma generalisação falsa, producto da effervescencia que aos centros intellectuaes trouxeram conquistas daquella sciencia.

Effectivamente, partiu-se de certas semelhanças extrinsecas entre algumas formas de paixões (dynamicas ou positivas, cujo fundo essencial é uma movimento de repulsa ou uma tendencia para destruição) e algumas formas de loucura (especialmente a mania grave), semelhanças que, de per si sós não poderiam autorisar tal indentificação. Entre outros caracteristicos differenciaes da paixão e loucura, apontou-se como principal, reconhecido aliás por RIBOT, o estado de consciencia, o apaixonado (que não se deve confundir com o emotivo-impulsivo), a tendo de sua paixão, mesmo quando com ella identifica, como Napoleão, ao passo que o alienado, salvo os intervallos lucidos, não tem consciencia de seu delirio.

Mesmo na insanidade mental sem este, ao doente falta o juizo ethico, muito embora, em certos casos, pareça agir normalmente, o que faz, nota KRAFFT-EZING, em relação apenas causal (n. 238).

Se na paixão, especialmente nas suas formas elevadas, ha uma idéa fixa ou peno menos predominante, ella é normal e não obsidente ou morbida, porquanto, ao contrario desta, é querida, mesmo procurada, e não destróe a unidade do eu ; o individuo conhece seu valor, sabe para onde ella o conduz e adapta sua conductã ás suas consequencias, caracteristicos que não vemos na idéa obsidente, que se impõe fatalmente á consciencia, é parasita, automatica, irresistivel, além de acarretar symptomas physicos (angustias, perturbações motoras e vaso-motoras, etc.).

Tendo em vista especialmente a paixão amorosa, que é a mais perturbadora das paixões, por se prender ao instincto sexual, nota PROAL que pôde tornar-se um estado pathologico, normalmente não o é ; é um estado physiologico, que está na ordem da natureza para assegurar a conservação da especie. Não se pôde fazer do amor uma causa de irresponsabilidade e assimilal-o a uma doença mental, fundando-se sobre caracteres communs : á idéa fixa, a obsessão com oppressão precordial.

E' verdade que o amor, como uma nervose, restringe o horizonte intellectual, que o amante não pensa senão na pessoa amada, que sua atenção se concentra sobre sua belleza, que o lugar que ella habita, o ar que respira, as vestes que a tocam são para elle todo o universo.

Mas a obsessão não é sempre um signal de loucura.

O sabio tem idéas obsidentes, pensa sempre no objecto de seus estudos.

O homem de genio não chega á uma descoberta senão pela concentração de seus pensamentos sobre um esmo objecto. E' conhecida a resposta dada por um sabio á esta questão : "Como chegaste a fazer esta descoberta ?"

— "Pensando sempre nella", respondeu.

Logo, a idéa fixa, que caracteriza o estado psychico do amoroso, não é um signal de loucura.

Toda idéa fixa determina actos, provoca uma impulsão ; está ahi o jogo normal da vida intellectual ; concilia-se com a responsabilidade, porque não suprime a consciencia, nem a vontade.

Todas as paixões são absorventes e impulsivas e não as consideramos como estados morbidos implicando a irresponsabilidade.

Toda a paixão consiste em uma concentração do pensamento sobre o objecto desta paixão.

O ambicioso tem uma idéa fixa : o poder ; o avarento tem uma idéa fixa : o dinheiro.

As nobres paixões são tambem idéas fixas ; o ardente patriota tem uma idéa fixa : a grandesa da patria ; o missionario a evangelisação dos povos pagãos : o santo concentra seus pensamentos em Deus, etc.

O que distingue a idéa fixa do santo, do ambicioso, da idéa fixa do louco, é que os primeiros podem desviar seu pensamento do objecto de suas preoccupações habituaes, enquanto que o louco não o póde.

Ora, reconhecendo mesmo que a idéa fixa do amor é mais obsidente que a das outras paixões, todavia não é impossivel desviar-se della por viagens, outras occupações e preoccupações."

247. — A paixão, pois, nos limites physiologicos, isto é, no homem mentalmente são e mentalmente desenvolvido, não acarreta, em regra, a irresponsabilidade criminal, por isso que á sua força dominadora, elle póde e deve oppôr resistencia efficaaz.

Não se conhece uma norma de sanidade mental; conhece-se, porém, uma média, artificio de espirito, pelo qual, das qualidades e defeitos compensados da maioria, tira-se uma deducção, o homem mediocre, que póde ser excedido para o bem, com as gratificações sociaes do respeito e da benemerencia, ou para o mal, com a censura e a desconsideração publica, ou, se attenta á ordem de relações ju-

ridicas — aos interesses protegidos pela sociedade, incorre na punição das leis, como responsável por delictos previstos (AFRANIO PEIXOTO).

Diversos criminalistas concluindo pela responsabilidade dos passionaes (em cuja classe não se incluem só os amorosos, como no vulgo se entende, mas também os affectados de outras paixões), consideram a questão, não no momento da acção criminosa, mas no em que o agente se deixou arrastar pela paixão.

E' neste momento que se pôde apreciar a possibilidade de resistencia ; é nessa phase de irresoluções, de angustias, de hesitações, e onde pôde e deve prever e evitar o desenlace passional, que se deve collocar para medir sua responsabilidade.

Pouco importa que a intenção tenha precedido ao facto, desde que este é consequencia da intenção, que o precedeu.

E' collocando-se neste ponto de vista que o codigo da Baviera tornava irresponsavel quem violasse a norma penal, em uma perturbação qualquer dos sentidos ou da intelligencia, que *não lhe fosse imputavel*, e durante a qual não tivesse tido consciencia do acto ou de sua criminalidade.

E' no mesmo sentido que o moderno codigo penal da Noruega não torna passivel de pena quem em *estado d'alma particular*, não fôr mais senhor de si mesmo; mas se para praticar o acto o agente se collocar em tal estado passageiro, esse *estado nenhuma influencia exercerá sobre sua culpabilidade* (LIMA DRUMMOND, LUIZ HOLTZ).

Outros fazendo da contemporaneidade do dolo com o acto violador da norma penal, condição da responsabilidade, sustentam que esta se verifica, embora intenso seja o estímulo passional.

E' de notar, diz KRAFFT-EBING, que as paixões, pertencendo ao dominio da vida physiologica, apresentam, quando profundas, perturbações physicas e psychicas notaveis, das mesmas se resentindo a consciencia; isto, porém, não pôde implicar irresponsabilidade, porquanto o direito penal não deve deixar impune os actos commetidos em um estado passional, pois esses actos constituem frequentemente delictos graves.

O effeito perturbador da paixão no mechanismo psychico pôde reduzir a capacidade de resistencia psychica, constituída por representações ethicas a juridicas, a gráo inferior ao estado normal.

Esta situação se aprecia devidamente, tendo-se em conta o temperamento, o character, a educação, as causas da paixão, factores que influem sobre a culpabilidade, mas que não têm o mesmo valor em todos os individuos, restringindo mais ou menos a capacidade de resistencia. Ao ver desse eminente psychiatra, os actos passionaes, que devem ser recommendados á indulgencia do juiz, são os devidos a um amor desgraçado (assassinio da pessoa amada, com tentativa de suicidio), ao ciúme (assassinio por amor despresado ou

enganado), á necessidade e ao desespero (assassinio de mulher e filhos, no extremo de uma luta improficua pela vida).

Talvez haja, nota AFRANIO PEIXOTO, para quasi todos estes casos demasiada indulgencia: seria a lei de Caim, perpetuada nos codigos, sob pretexto de emoção, que o amor porprio exasperado ou egoismo impulsivo determinaram. Civilização não quer dizer só progresso material, mas inibição das tendencias violentas e egoisticas, substituidas por habitos de moderação, indispensaveis á ordem publica. E a justiça e sua comminação penal, zeladores desses direitos, deveriam velar por isso”.

Mas a minoração da responsabilidade, por effeito passional, é reconhecida não só em vista do *impulso apaixonado*, da sua *quantidade*, que precipita a determinação criminosa e faz esquecer mais facilmente as normas das leis prohibitivas, mas tambem em vista da sua *qualidade* moral. Neste sentido, divide CARRARA, as paixões em *cegas*, que agem violentamente sobre a vontade e não deixam á intelligencia senão um menor poder de reflexão; e *raciocinantes*, que, excitadas pelo aspecto de um bem, provocam o raciocinio e os calculos, deixam ao homem a plenitude do livre arbitrio.

Sómente as primeiras podem acarretar diminuição de imputação, porque aquelle que, sob a acção de uma perturbação subita, se deixa levar ao mal, merece attenuante.

A paixão cega é excitada pelo aspecto de um mal, e neste caso estão unicamente a *colera* e o *medo*; a colera quando o mal é soffrido, o medo quando o mal é futuro. A colera excitada pelo mal causado a nossa pessoa constitue a *provocação*; excitada por uma offensa á propriedade ou á pessoas que nos são caras, constitue o que se chama a escusa do *justo ressentimento*.

Excitada assim a paixão pelo aspecto de um mal soffrido ou futuro, *imprevista* e *justa* (pelo menos em apparencia), ella tem efficacia de degradar a força moral subjectiva e objectiva do delicto.

Já não se dá o mesmo com a paixão raciocinante, pois, o homem que raciocina e que calcula, é submettido á obrigação completa de se recordar das prohibições da lei, e de reflectir nas consequencias de suas acções.

Nesta orientação, considerando paixão como attenuante, desde que ocorra um motivo honroso ou justo, se enunciam os cods. italiano, art. 51 (*impeto d'ira o d'intenso dolore*), francez, art. 324 § 2.º (*flagrante delicto de adulterio*), o portuguez, art. 39 §§ 4, 13 e 15, o hespanhol, art. 9, ns. 4, 5 e 7, etc.

O nosso tambem considera a paixão como attenuante, intervindo motivo honroso ou justo (art. 42 §§ 2.º e 5.º, primeira parte), e ainda no § 1.º, a paixão, na forma da *colera*. Póde tambem a paixão, na forma do *medo*, constituir até uma dirimente, segundo o § 5.º do art. 27, mas é necessario que intervenha o *perigo actual*, situação em que o agente não perdendo de todo o poder volitivo, é tomada

em consideração pelo legislador como determinante de irresponsabilidade, attendendo a que a vontade do agente fica tão restricta entre a escolha do mal proprio e a do mal alheio, que so por excepção rarissima optaria por aquella.

Adianta apreciaremos detidamente este ponto.

Attendendo ainda ao estado passional, e especialmente ao seu motivo, o codigo considera como escusa relativa reduzindo, por isso, a penalidade, o infanticidio *causa honoris*, isto é, perpetrado pela mãe para occultar a deshonra propria (art. 298 § unico).

248. — A escola positiva vê tambem na paixão uma causa minorante da responsabilidade, desde que se trate de uma paixão social.

Inaugurando o curso de direito criminal, na Universidade de Roma, em 19 de janeiro de 1909, FERRI occupou-se da materia, fazendo a distincção de *paixões sociaes* e *paixões anti-sociaes*, aquellas influindo na responsabilidade, estas não.

Sustentou que “póde haver uma diminuição de responsabilidade para todos os delictos que sejam o effeito de uma *paixão social*, diminuição que não se póde admittir para os delictos que provem de uma *paixão anti-social*.”

Chamo *paixão anti-social* aquella que tende a dissolver as leis da vida humana, individual e collectiva, as leis da solidariedade humana; e entendo por *paixões sociaes* aquellas que normalmente têm a funcção de favorecer e de cimentar a vida social, fraternal e solidaria, e sómente por uma aberração momentanea, acompanhada ou não de um verdadeiro desequilibrio psycho-pathologico podem conduzir aos excessos do delicto.

Eis-ahi porque a vingança, o odio, a cupidez não podem dirimir ou diminuir a responsabilidade penal”.

O delinquente passional, mostra ainda o mesmo criminalista, em sua *Sociologia criminale*, é o que, agindo sob uma paixão social, se tenha mostrado um individuo honesto, ou cuja vida anterior seja até então sem manchas, requisitos que, mostrando sobrevir o crime mais das circumstancias externas do que individuaes, patentêa não ser um temivel, e que pela reincidencia prosiga na senda do crime.

Especialmente em relação aos delinquentes passionaes politicos, notam LOMBROSO e LASCHI que a beileza da alma excede nelles a do corpo. São genios do sentimento, e é porque, aqui como nunca, sentimos quanto deve parecer cruel assimilar aos criminosos vulgares, mesmo por necessidade sómente philologica, aquellos que representam o excesso da bondade humana, a verdadeira santidade. . .

São, repetimos, um modelo, a exaggeração da honestidade. Brutus foi sempre honestissimo, de sorte que, aquellos mesmos que o odiavam, por causa de sua conjuração contra Cesar, não lhe contestam o sentimento generoso que se póde achar nesta empreza.

A bondade de Sand era tão grande e tão conhecida, que o logar em que morreu foi chamado pelo povo “perto da ascensão de Sand ao céu (*Sand Himmels fortweise*).

Carlota Corday era o modelo de mulher honesta.”

Outro característico, notado nos passionaes, especialmente, politicos, pelos mesmos tratadistas, é a *sensibilidade exaggerada*, uma verdadeira hyperesthesia, como nos criminosos por paixão ordinaria; mas o intellecto superior, o grande altruismo os impellem para fins mais elevados do que estes ultimos.

Sentem mais vivamente e mais precocemente que os outros homens as injustiças da tyrannia politica e social; têm o mais ardente desejos de reformas e estão promptos a se sacrificarem para obtel-as.”

Sensíveis em extremo, nota FERRI, os delinquentes passionaes se mostram commovidos violentamente antes, durante e depois do crime, que não commettem (salvo limitadissimas excepções), ás occultas nem de emboscada, mas abertamente e muitas vezes com meios improprios, os primeiros que lhes vêm ás mãos.

O delicto é nelles sempre um fim e não um meio de commetterem outro crime; é sempre acompanhado de remorso sincero que os leva á confissões completas e expontaneas, e não raro ao suicidio.”

Entretanto, sob a capa de passionaes, cuja irresponsabilidade se tem procurado firmar absolutamente, em nosso meio judiciario, especialmente perante o jury, vemos frequentemente por este absolvidos delinquentes que agem calculadamente, impulsionados por estreito egoismo e requintada perversidade.

E a formula procurada para restituir á sociedade verdadeiros scelerados, é essa desastrada do art. 27 § 4.º, que, no entanto, seriamente interpretada, não se prestaria a taes decisões iniquas.

249. — Passemos ao estado *passional pathologico*, unico que póde autorisar justamente a irresponsabilidade.

Nota KRAFFT-EBING que a qualificação de passional em tal caso é impropria, “porquanto, no sentido estricto do termo, não se trata aqui de um estado passional, mas de uma loucura transitoria, que o processo passional serviu de ponto de partida.”

Mais adiante, diz ainda: “E” necessario insistir sobre este facto, que se trata aqui tão pouco de paixão, quanto não se trata de embriaguez nos casos de reacção pathologica ao alcool e que estamos antes em presença de uma loucura transitoria. Assim, o estado escapa ao dominio da justiça e á apreciação psychologica; *torna-se necessariamente o objecto de uma pericia clinica anthropologica a ser feita pelo medico.*”

Procurando-se estudar, então, a acção do processo passional no systema nervoso vasomótor, verificam-se, diz o eminente psychiatra, “apparentemente modificações circulatorias francamente pathologicas no cerebro, modificações aliás provocadas pela paixão, mas que

se tornam em seguida *autonomas e não podem se apagar rapidamente*, traduzindo-se, no ponto de vista clinico, por uma perturbação mental transitoria. Assim se comprehende a intensidade e a duração anormalas do que parece ser um estado passional; *este não foi senão a causa occasional da loucura que fez nascer.*

Esta acção intensa é duravel, anomala, hypermiante (*vaso-paralysis*) ou anemiante (*vaso-constricção*), no processo passional, *deve repousar sobre uma alteração funcional preexistente do orgão central a que deve ser ligada.*"

Assim, é necessario que a paixão se exerça em um orgão central "*de resistencia congenita insufficiente, ou affectado de uma doença, ou de predisposição pathologica.*"

A loucura transitoria, que assim se opera, diz ainda KRAFFT-EBING, póde se apresentar sob a forma de *estupor* com inibição das representações e obnubilação da consciencia, sob forma de *confusão* extrema das representações com *perturbação profunda da percepção* (*confusão dos sentidos*), sob forma de *excitação furiosa* (*irafuror brevis*), appproximando-se nesse ultimo caso da mania transitoria".

São estās as modalidades que póde apresentar a loucura transitoria.

A' intensidade deste estado morbido corresponde um signal clinico, a profunda alteração da consciencia, indo até a sua suppressão e a perturbação, a lacuna correspondente da memoria.

Consequentemente, é pela falta completa ou incompleta da memoria (*amnesia*), pela sua defficiencia (*hypomnesia*), que podemos apreciar a alteração ou suppressão da consciencia, e consequentemente o gráo e modalidades da loucura transitoria. Em todos os casos, a amnesia é uma das melhores provas da inconsciencia de um acto, e a amnesia completa se encontra na mania transitoria, e em seguida ao momento do máximo das coleras pathologicas."

Que o criterio da memoria é elemento seguro para avaliar do estado de consciencia, bastaria rememorar principios, elementares de psychologia, referentes á formação e manifestação daquelle acto psychico, para nos convencer do que se affirma. Tres momentos ha a considerar no acto da memoria, e são a fixação da percepção ou imagem, a sua conservação e a sua evocação e reproducção.

Ora, a fixação só póde ter logar quando a imagem é recebida em estado de attenção.

Desde que dispersa seja esta, nem póde haver uma acção de memoria, mas a sua privação.

Recebida assim attentamente a imagem, esta se grava no cerebro, podendo ser evocada ou reproduzida depois.

Consequentemente, a evocação da memoria, ou a representação de factos percebidos, implica necessariamente seu recebimento em estado de consciencia.

Em synthese, quando a paixão se exerce intensamente, de modo hypermiante ou anemiante, em individuo de resistencia congenita insufficiente ou affectado de doença ou de predisposição pathologica, pôde-se produzir um estado de loucura transitoria, em forma de estupor, ou de confusão dos sentidos ou de excitação furiosa, que acarreta a irresponsabilidade, dada a inconsciencia do acto commettido. E' sómente assim, agindo a paixão como causa occasional da loucura, que faz nascer, que poderá ter entradã na formula do art. 27, § 4°.

Um semelhante estado só poderá ser constatado devidamente pela pericia medica.

250. — Relacionando-se directamente com o § 4.º do art. 27, occupa-se o art. 29 do destino a dar aos *loucos criminosos*, isto é, os individuos que violãram o preceito penal estando loucos, como o art. 68 se occupa dos *criminosos loucos*, isto é, dos que delinquiram mentalmente sãos, tendo enlouquecido depois de condemnados.

O art. 29 teve como fonte o art. 12 do anterior codigo, mas com modificações sensiveis, inspiradas no art. 47 do codigo penal portuguez, cuja redacção foi mantida.

O nosso codigo anterior estatua que “os loucos que tiverem commettido crimes, seriam recolhidos ás casas para elles destinadas. ou entregues ás suas familias, como ao juiz parecesse mais conveniente.”

Deixava-se assim inteiro arbitrio ao juiz no destino a dar a taes individuos.

O codigo vigente tirou esse arbitrio, porque estatue que *serão entregues ás suas familias, ou serão recolhidos a hospitaes de alienados si o seu estado assim o exigir para segurança do publico.*

Assim, não offerecendo perigo *serão entregues ás suas familias*, sem se indagar mesmo se estas offerecem *garantia sufficiente para a custodia*, como previdentemente estatue o codigo hespanhol, artigo 8, n. 1, e caso offereçam perigo, *serão recolhidos a hospitaes de alienados.*

Outra modificação, e esta para peor está em que o codigo anterior usa da expressão generica — *casas para elles destinadas*, expressão adaptavel perfeitamente ao caso da creação de estabelecimentos especiaes para internação desses individuos, como hoje prescreve a sciencia penitenciaria e é realidade em varios paizes cultos, revelando-se o legislador, nesse como em outros muitos pontos, de maxima previdencia, vasando a disposição de modo a ser applicavel ás conquistas scientificas, mas que o autor do codigo vigente parece não ter apprehendido devidamente, substituindo pela expressão — *hospitaes de alienados*, estabelecimentos onde só podem ter entrada os que são simplesmente loucos.

Effectivamente, é de observação que quer em relação ao tratamento, quer em relação á segurança, os loucos criminosos e os criminosos loucos não devem ser internados em hospitaes ou asylos communs, e muito menos em penitenciarias, mas em estabelecimentos especiaes, chamem-se *manicomios judiciais*, *asylos prisões* ou *prisões asylos*, por isso que só nestes, aquelles dois pontos de vista podem ser effectivados devidamente, adoptado o regimen que participe ao mesmo tempo do asylo commum e do da penitenciaria, e que desde 1863 vemos realiado na Inglaterra (*Criminal lunatic Asylum of Broadmoor*).

O legislador desde que assentou em determinar medidas de precaução em relação a taes individuos, provendo sobre sua internação, quando perigózos, ou devia se enunciar genericamente, como fez o codigo anterior, deixando ás leis e regulamentos especiaes estatuir sobre a criação e funcionamento de estabelecimentos adequados, ou prouver a respeito, embora de modo geral, como fazem o codigo norueguense, a citada lei ingleza, etc.

Estatuindo a respeito, nada diz quanto ao modo e tempo da internação, nem qual a autoridade que a pôde determinar, este ultimo ponto talvez por entender do dominio das leis de organização judiciaria ou policial.

Dahi as duvidas que têm surgido a respeito, creando-se uma situação gravosa para a segurança publica, não resolvida por leis especiaes, statuindo só o Decr. n. 1.132, de 22 de dezembro de 1903, que enquanto não possuirem os Estados manicomios criminaes, os alienados delinquentes e os condemnados alienados sómente podem permanecer em asylos publicos, nos pavilhões que especialmente lhes forem reservados.

No silencio de disposição legal, entendem alguns que a internação sendo medida de segurança publica, distincta da interdicção, que visa especialmente garantir a pessoa e bens do enfermo mental, que o proprio juiz criminal ou o presidente do tribunal do jury pôde determinál-a, se se convencer que o accusado, declarado isento de culpabilidade em resultado de affecção mental, offerece perigo á segurança publica.

Isto mesmo reconhecia o anterior codigo, e o reconhecem os codigos hespanhol, art. 8, n. 1, bulgaro, art. 41, norueguense, art. 39, a lei ingleza de 1884, etc.

Outros entendem que propostos ao jury o quesito referente ao art. 27, § 4.º, bem como outro referente directa e precisamente á affecção mental, por isso que a dirimente comprehende não só a loucura, como as psychoses transitorias, e respondidos affirmativamente, o presidente do tribunal, quando se convença da conveniencia de ser o irresponsavel recolhido a um hospital de alienados, por seu estado mental o exigir para segurança do publico, deve absolvel-o e declaral-o livre, com baixa da culpa, fazendo-o, entretanto, apresentar

imediatamente ao juiz competente para o processo da interdicção, ou de preferencia, á autoridade policial.

A providencia do art. 29, argumentam, nada tem de *repressiva*, é, ao contrario, méramente *preventiva*, e a policia preventiva jámais foi exercida pelo presidente do tribunal do jury.

E' a solução preferivel em face da nossa legislação, mas pela primeira se pronunciou o Supremo Tribunal Federal.

## 251. — Jurisprudencia brasileira.

I. — A occorrenca da dirimente do art. 27, § 4.º, do Codigo impede a continuacão do processo e a condemnação, não sendo illegal a decisào do juiz fazendo recolher o réo ao hospicio de alienados, pois que o autorisa o art. 29, segunda parte, do citado codigo, e na especie o exame pericial, concluindo pela inimputabilidade do réo, consequente da affecção mental, mostra a necessidade de sua inter-nação para segurança do publico, sendo turbulento, rixoso e capaz de lutas physicas (*Accórdam do Supremo Tribunal Federal*, de 17 de agosto de 1912).

II. — Nem todo epileptico se póde considerar um alienado e muito menos um criminoso latente, por força apenas de sua molestia.

A epilepsia em regra só produz alienação durante a sua conhecida e dramatica manifestação do ataque.

Nos intervallos dos ataques, unica e exclusivamente o exame particular de cada caso póde determinar o gráo de responsabilidade do individuo que soffre de epilepsia.

O que se chama estado de saude não é jámais senão um equilibrio approximativo; as paixões são todas poderosas, a intelligencia e o character em geral tão fracos que o melhor constituido, o melhor equilibrado não póde muita vez impedir as suas paixões de influenciar as suas opiniões e os seus actos; em uma palavra, tem os seus momentos de loucura.

Todos os autores e profissioaes são accórdes em que os crimes determinados pela epilepsia caracterisam-se pela sua subitaneidade e independencia das condições exteriores, pela violencia, passando o fim a attingir, á brutalidade inaudita; são commettidos sem fim, sem motivo plausivel, sem proveito para o autor, nem para ninguem, sem premeditação; sem que o culpado tenha tido conta das circumstan-cias, dos meios e das testemunhas mesmo da sua acção; em resumo, fóra de todas as condições em que o crime se commette.

A perturbação mental primordial que se acha em todas as ma-nifestações epilepticas é a perda da lembrança.

O crime (na hypothese) foi pelo réo longamente premeditado, elaborado lenta e seguramente, com a previsào intelligente e ar-dilosa de todas as circumstancias que pudessem occorrer, affastados

todos os empecilhos com maestria; execução calma e completa, através arriscadíssimas situações, por dilatados dias que, juntos aos gastos nos preparativos, dão ao delicto, em que representou o réo em questão o papel mais saliente, um consideravel periodo de dois ou mais mezes. Em todas as tres phases, a preparatoria, a de execução e a de gozo do producto do furto, resultam a mais plena consciencia, a mais firme vontade e a mais perfeita intelligencia.

O réo delinuiu visando simplesmente o gozo ou lucro, não mostrou jámais indiferença pela consequencia dos actos praticados, teve o maior cuidado em occultar-se para fugir á acção das autoridades e só por uma circumstancia occasional, que escapou á previsão normal, é que pôde ser colhido pela justiça. Conducta, movel, maneira de agir, nada revela ser determinado pela epilepsia.

Ainda, pois, que o réo seja um epileptico, o seu crime não se pôde, de todo em todo, ligar na sua genese, a uma crise da molestia (*Accórdam do Supremo Tribunal Federal, confirmando sentença do Juiz da 1.ª Vara Federal, de 29 de abril de 1914*).

III. — Para ser reconhecida a dirimente do art. 27, § 4.º, do Codigo Penal, é necessaria a prova de perturbações completas das funções mentaes, alterações essenciaes do sentimento, do pensamento e da vontade, da desorganisação fundamental das faculdades intellectuaes no acto de commetter o crime (*Accórdam do Supremo Tribunal Federal, de 3 de novembro de 1923*).

IV. — A epilepsia, influindo decisivamente sobre a vontade do enfermo, pôde crear para elle, quando agente de delicto, a situação de irresponsabilidade prevista pelo art. 27, § 4.º, do Codigo Penal, onde se incluye toda a criminalidade pathologica, não particularmente considerada por outro qualquer dos seus dispositivos ou por lei especial (*Accórdam do Supremo Tribunal Federal, de 24 de outubro de 1927*).

V. — Certos actos materiaes de violencia, além do effeito psychico causado, podem produzir o de aviltar, humilhar e degradar a victima, para expol-a permanentemente ao desprezo e ao escarneio de seus pares.

Esse duplo effeito apresentam as offensas physicas que malferem a honra e a dignidade do cidadão, notadamente as praticadas por meio de bofetadas ou de chicote. Dahi o impeto de ira ou de intensa dôr causada em quem soffre a injustiça do ataque assim levado a effeito. E' certo que a legitimidade da colera, por si só, não basta para excluir a imputabilidade, podendo tão sómente atenuar a responsabilidade. Mas, em alguns casos, dadas certas circumstancias especialissimas, entre as quaes o logar da aggressão e a qualidade do offendido, não é impossivel que determine a an-

nullação completa da razão para determinar acto de desaffronta sem a determinação de uma vontade consciente.

Ora, o nosso Codigo Penal estabelecendo a dirimente do art. 27, § 4.º, sem restringir a causa determinante ás enfermidades mentaes — admite que a perturbação possa assentar, quer em lesões organicas, quer em sensações capazes dos mesmos efeitos. Esse resultado é produzido pela offensa que, convulsionando profundamente o systema nervoso, póde originar o acto impulsivo, sem possível impedimento e sem calculo sobre a extensão dos seus efeitos. Nesse estado não tem cabimento a calma dos sentidos ou a perfeição da intelligencia. Não seria, pois, possível presumil-as no militar fardado que, deante da praça d'armas onde servia, proximo á sua sentinella, á vista de subordinados e de extranhos — é açoiado com fios de arame, além de esbofeteado. O conhecimento do estado em que se ha de encontrar a razão, nesses momentos, não é peculiar ao perito, mas póde ser aferido por todo o homem dotado de senso commum e pelos que são encarregados da administração da justiça (TAYLOR, *Méd. légale*, pag. 835). Em taes condições a desaffronta não póde expressar a perversidade de quem possui uma fé de officio que constitue solido patrimonio moral (*Accórdam do Supremo Tribunal Federal*, de 12 de setembro de 1930) Vide observações no n. XXI, applicaveis a esta decisão.

VI. — O individuo que, sob a influencia de um ataque de epilepsia, commette um crime, tem a seu favor a dirimente do § 4.º, do art. 27. do Codigo Penal (*Accórdam da Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal*, de 22 de junho de 1898).

VII. — Constitue a dirimente do art. 27, § 4.º, do Codigo Penal, a mania ou loucura epileptica, em cuja crise o doente é preso de horriveis allucinações dos sentidos, e, num estado de irritação frenética, entrega-se a actos de extrema violencia, quer contra as pessoas, quer contra as coisas, sem consciencia do que está fazendo (MAUDSLEY). E de certo os actos que alguém commette, durante um desses paroxysmos, não lhe são imputaveis criminalmente, porque ha, no caso, inteira perturbação dos sentidos e da intelligencia (*Accórdam da 1.ª Camara da Côrte de Appellação*, de 23 de novembro de 1908).

VIII. — Só é licito comprehender a embriaguez como dirimente do art. 27, § 4.º, sendo completa, não procurada como meio de animar a perpetração do crime, não estando o delinquente acostumado a commetter crime nesse estado, e quando em ordem a collocar-o em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime (*Accórdam da 2.ª Camara da Côrte de Appellação*, de 3 de junho de 1910). Vide n. 242.

IX. — A simples embriaguez, não sendo completa, não constitue a dirimente do art. 27, § 4.º (*Accórdam da mesma Camara, de 25 de abril de 1911*).

X. — Verificando-se que o réo dando uma bofetada no offendido, o fez em represalia a grave insulto que o mesmo lhe dirigira, insulto capaz de causar allucinação a qualquer pessoa medianamente briosa, é evidente que a seu favor existe a excusativa do art. 27, § 4.º (*Accórdams da 3.ª Camara da Côte de Appellação, de 19 de junho e 23 de novembro de 1912*).

Estas decisões contrapõem-se á doutrina que presidiu a elaboração do código, segundo a qual, como já demonstramos, só no estado pathologico, a paixão pôde escusar, quando constitue a loucura transitoria.

A Côte não manteve, porém, a jurisprudencia iniciada por essas decisões, como se vê pelas adiante consignadas.

XI. — A privação (*perturbação*) dos sentidos e da intelligencia de que falla o Estatuto Penal, é um verdadeiro estado de loucura transitoria. E, na expressão de TROPLONG, a desorganisação fundamental das faculdades intellectuaes comprehende, como affirma o Cons. BAPTISTA PEREIRA, “a loucura e as molestias ou estados congeneres, mas não abrange as explosões criminosas da paixão.”

A irresponsabilidade em casos taes, deriva-se do estado de inconsciencia ou de alguma alteração transitoria, embora, da mente, que exclue a livre determinação da vontade.

KRAFFT-EBING, tratando da perda dos sentidos, em commentarios ao Código Penal allemão, diz que “essa expressão em psychologia criminal, refere-se á perda da memoria, á falta de noção que tenha o individuo do que está fazendo, á ignorancia de seus actos, ao esquecimento de sua pessoa, á inconsciencia do seu eu.” O criterio mais seguro para se reconhecer que o accusado agiu em estado de inconsciencia, é a falta da memoria. “Mas, affirma muito bem FRANZ VON LISZT, assim como toda perturbação da saude perfeita do corpo não pôde ser qualificada de enfermidade, tambem qualquer desarranjo da actividade mental não exclue a imputabilidade.”

Verificado, portanto, dos autos, o perfeito estado de consciencia, o funcionamento impeccavel da faculdade de memoria do réo, pelas referencias anteriores e posteriores do delicto por elle proprio feitas ás testemunhas do processo, procurando, ao descrever minuciosamente todas as phases da aggressão, innocentar-se, é incabivel o reconhecimento, a seu favor, da dirimente do art. 27, § 4.º, do Código Penal (*Accórdam da 3.ª Camara da Côte de Appellação, de 4 de dezembro de 1912, confirmando sentença do juiz da 3.ª Pretoria Criminal*).

XII. — As provas colhidas no processo demonstram que o accusado, no acto de perpetrar o crime, tinha a consciencia e a liberdade dos proprios actos, não podendo, portanto, militar em seu favor a dirimente da privação dos sentidos e da intelligencia, a menos que se considere a simples explosão das paixões como um estado morbido equivalente á loucura ou ás affecções mentaes — o que é repellido pela doutrina e pela jurisprudencia (*Accórdam da 3.ª Camara da Côrte de Appellação*, de 9 de janeiro de 1918).

XIII. — Para o reconhecimento da dirimente do art. 27, § 4.º, do Codigo Penal, é necessaria a prova de se encontrar o agente, no momento do facto, em estado de completa perturbação de sentidos e de intelligencia, sem a consciencia ou a liberdade dos proprios actos. Ora, não se realisou na especie a pericia medica, cuja palavra deve, em regra, ser invocada como esclarecimento necessario em casos taes. Se dos autos se collige que o réo deu inicio ao conflicto em estado de grande exaltação, entretanto, o estado passional não é por si fundamentô para a dirimente, não excedendo de ordinario á paixão os limites physiologicos — KRAFFT-EBING. *A responsabilidade e a capacidade civil*, trad. do Prof. A. RAFFAELE, edição de 1886, pag. 122, GIACHETTI, *Delle reati e delle pene in gen.*, vol. 2, pags. 145 a 147, ZIINO, *Comp. de med. legal*, § 85.

Por outro lado, a provocação de F., alliada aos precedentes do delicto, não se offerece como factor logico da desorganisação fundamental das faculdades intellectuaes, que, segundo TROPLONG, deve manifestar-se no agente da infracção, ao pratical-a, para ser-lhe concedida a escusativa (*Accórdam da 3.ª Camara da Côrte de Appellação*. de 19 de maio de 1920).

XIV. — Não procede a dirimente do art. 27, § 4.º, do Codigo, com fundamento unicamente no motivo passional, que por si só não pôde valer como dirimente de delictos, a menos que (como declara o accórdam da 3.ª Camara da Côrte de Appellação, de 9 de janeiro de 1918) se considere a simples explosão de paixões como um estado morbido, equivalente á loucura ou ás affecções mentaes, o que é repellido pela doutrina e pela jurisprudencia; pois não se pôde induzir do motivo passional a situação de profunda desordem mental annunciada no § 4.º, do art. 27 citado e na qual o individuo não tem a consciencia ou a livre determinação dos proprios actos; não obstante relevante factor de criminalidade, não é entretanto dirimente do delicto por não produzir aquelle effeito psychico (*accórdam da 3.ª Camara*). Como ensina KRAFFT-EBING, taes actos passionaes ordinariamente resultantes de um estado que não ultrapassa os limites physiologicos normaes são muitas vezes acompanhados de perturbações psychicas e somaticas que affectam de forma sensivel a razão, devendo então influir na graduação da pena, por produzirem

um estado que não permite ao individuo o pleno conhecimento do mal e a directa intenção de pratical-o, attenuante esta aliás reconhecida por todos os psychiatras, em certos casos desses estados passionaes, e especialmente, como salienta GIUSEPPE ZINO (*Physiopathologia do delicto*) quando o espirito é agitado pelo desdem, entristecido por um amor infeliz, martyrisado pelo ciume, ou opprimido pelo desespero, etc. (*Sentença confirmada pela 3.ª Camara da Côte de Appellação*, em 14 de maio de 1921).

XV. — As circumstancias em que foi commettido o crime, a ausencia de motivos para elle, a falta de premeditação, a instantaneidade da determinação, a multiplicidade dos golpes dados, as attitudes discordantes do accusado e os seus antecedentes levaram ao curador do réo a convicção de que o mesmo accusado ao perpetrar-o não estava em condições normaes de sua actividade psychica, pelo que requereu, em suas allegações de defesa, fosse elle submettido ao necessario exame de sanidade mental. Conhecendo desse requerimento e reputando-o, em face dos autos, procedente, deferiu-o. Internado no Manicomio Judiciario, alli permaneceu o accusado em observação, de 14 de fevereiro a 27 de julho do corrente anno, offerecendo afinal os peritos minucioso laudo, concluindo: “1.º) que o accusado não apresentou symptomas de doença mental individualisada; dos seus antecedentes morbidos consta, porém, ao lado da herança psychopathica, a existencia de alguns signaes que definem a epilepsia, na modálidade que se convencionou chamar pequeno mal, cuja acceitação se impõe deante do raciocinio clinico e da propria caracterisação do seu acto delictuoso; 2.º) que esses symptomas de epilepsia são anteriores á pratica do delicto; 3.º) que os caracteres do acto delictuoso, praticado pelo accusado, taes como a falta de motivação, a grande excitação de que se achava elle possuido, as suas discordancias de attitude e as perturbações da memoria reveladas para o mesmo acto, ao lado dos seus antecedentes morbidos, são elementos que permitem dizer que o seu delicto foi a expressão de uma impulsão epileptica, levada a effeito em estado crepuscular da consciencia e, por consequente, nas condições previstas no art. 27, § 4.º, do Codigo Penal.” Baseiam-se essas conclusões no estudo feito pelos peritos sobre o delicto do accusado, pelo exame criterioso da prova dos autos; sobre a pessoa do accusado, sujeitando-o a uma longa observação e aos exames necessarios, buscando verificar a veracidade das suas allegações com esclarecimentos obtidos alhures, de modo a, com segurança, poderem formular as suas deducções clinicas e medico-legaes, em perfeita harmonia com os factos e de accôrdo com a sciencia. Julgo, pois, em face desse laudo, improcedente a denuncia e absolvo o réo da accusação que lhe foi intentada, reconhecendo que milita em seu favor a dirimente do art. 27; § 4.º, do Codigo Penal; dê-se, em conse-

quencia, baixa na culpa. Sendo, porém, o accusado portador de antecedentes epilepticos, revestindo-se o seu delicto dos caracteres das impulsões comiciaes, justo é — como parece aos peritos — que se veja nesta sua condição morbida motivo de eventual perigo para a segurança publica, pela possibilidade de apresentar crises semelhantes. Como affirma AFRANIO PEIXOTO (*Psycho-Pathologia Forense*, 1.<sup>a</sup> ed., pag. 260): “o epileptico ou qualquer outro enfermo, da mente e que praticou, ou é susceptivel de praticar crimes, só não deve ir para prisão, porque deve ir para o hospicio”, accrescentando que se trata de uma sorte de enfermos perigosissimos, para os quaes o “asylo-prisão” ou a “colonia especializada” com vigilancia, regimen e tratamento especializado seria o conselho avisado e já seguido nos paizes cultos. Como ensina, por sua vez, JULIO DE MATTOS (*Elementos de Psychiatria*, pag. 426), sob o ponto de vista da decadencia psychica, a epilepsia abortiva (pequeno mal) parece ser mais nociva que a symptomatisada pelos ataques generalizados da epilepsia grave, sem esquecer-se, todavia, que a gravidade é maior ou menor, segundo o doente é ou deixa de ser submettido a tratamento. Os delinquentes declarados moralmente irresponsaveis mas perigosos, devem continuar sujeitos ao Ministerio da Justiça Penal, pela applicação de medidas de segurança (E. FERRI, *in Scuola Positiva*, anno V, ns. 1, 2, 3, 1925). Na conformidade dos arts. 29, do Codice Penal, e 1.<sup>o</sup>, n. III, do Decr. n. 14.831, de 1921, foi mandado internar o accusado no Manicomio Judiciario (*Sentença do Juiz da 6.<sup>a</sup> Vara Criminal, conf. 3.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, accórdam de 23 de setembro de 1925*).

- XVI. — E’ julgada improcedente a denuncia e absolvido o réo, com fundamento no art. 27, § 4.<sup>o</sup>, do Codice Penal, em face das seguintes conclusões do laudo pericial: a) que o accusado é portador de uma psychopathia constitucional, caracterizada por desvios ethicos revestindo a forma da loucura moral, e perversões instinctivas, expressas no homo-sexualismo, com impulsões sadiacas — estado esse a que se juntam idéas delirantes da imaginação, de character mystico; b) que as suas reacções anti-sociaes ou os actos delictuosos de que se acha accusado resultam desta condição morbida que lhe não permite a normal utilização de sua vontade, achando-se, pois, prejudicada ou dirimida a sua capacidade de imputação; c) que as manifestações anormaes da sua mentalidade são elementos que definem a sua inilludivel temibilidade e que, portanto, deve ficar segregado *ad vitam* para os effeitos salutaes e elevados da defesa social, em estabelecimento apropriado a psychopathas delinquentes (*Accórdam da 1.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, de 17 de maio de 1929*).

XVII. — O código refere-se, nem poderia deixar de fazel-o, á privação completa do livre exercicio das faculdades sensitivas e intellectuaes, dos sentidos e da intelligencia.

Elle, portanto, além dos que forem incapazes de imputação por imbecilidade nativa e enfraquecimento senil, isenta de responsabilidade criminal aquelle que, no acto de commetter o crime, fôr incapaz de imputação por se achar em estado de não poder obrar livremente, estado de inconsciencia que destróe o livre arbitrio. O código, pois, não se limitou ao conceito geral da loucura, que não encerra todos os casos de perturbação do espirito ou de anomalia mental, todos os affectos, desvarios e psychoses que devem juridicamente excluir a responsabilidade criminal: foi além e decretou, por uma these muito mais vasta, a irresponsabilidade criminal de todos aquelles que no acto de praticar o crime não tenham a possibilidade de obrar livremente, em cujo numero se acham os loucos de todo o genero.

Para fazer-se bôa applicação do preceito do código, de tal modo entendido, aos casos occurrentes, necessario se torna conhecer, segundo os dados da psychiatria moderna, quaes os factos que podem alterar profundamente ou destruir as condições de possibilidade de obrar livremente (*Accordam do Superior Tribunal de Justiça do Pará*, de 11 de maio de 1892, confirmando sentença do juiz de Santarém).

XVIII. — Não basta que os peritos encarregados de verificarem o estado mental de um delinquente, no momento de praticar o crime, affirmem que elle se achava louco, para que o juiz pronuncie em favor do indiciado uma sentença de absolvição, é preciso que dêem as razões em que fundam seu parecer, que não affirmem sómente a loucura, mas a demonstrem, expondo os signaes diagnosticos, os dados colhidos das observações a que procederam, guiados pelas luzes da psychiatria, de modo a convencer o juiz, a quem compete julgar da imputabilidade do delinquente, de que trata-se realmente de um individuo, cujas condições mentaes tornam-n'o irresponsavel pelo crime commettido.

A missão do perito é apenas esclarecer o juiz para que este possa bem applicar a lei, e se a este não cabe indicar-lhe o processo a seguir, os meios a empregar em suas investigações, tambem não lhe é licito, abdicando a faculdade de julgar e de punir, submetter-se cegamente ao parecer dos peritos, sem uma razão siquer que o justifique (*Accordam da Relação do Estado do Rio de Janeiro*, de 2 de abril de 1895).

XIX. — O exame medico por profissionaes é meio regular de esclarecimento judicial, mas o juiz pode não conformar-se com o exame, attenta sua analyse scientifica, e collocar o réo, dado por

irresponsavel, em observação hospitalar, para definitiva solução posterior (*Accordam do Tribunal da Relação do Estado do Rio de Janeiro*, de 9 de julho de 1897).

XX. — A medicina é a competente para averiguar o facto da alienação mental, razão por que em todos os casos pathologicos os exames medicos são as provas reconhecidas em direito como as mais legitimas e procedentes (*Accords. da Relação de Ouro Preto*, de 20 de agosto de 1875, no *Direito*, vol. 10, p. 361, e da Relação de Belem, em 3 de julho de 1883, no mesmo *Direito*, vol. 38, p. 49; LAFAYETTE, *Direito de familia*, nota 4.<sup>a</sup> ao § 163, p. 337, MITTERMAYER, *Traité de la preuve en matiére criminelle*, cap. 29, p. 228, n. 10, e KRAFFT-EBING, *La responsabilité criminel e la capacité civile*, p. 41):

Basta que a demencia se manifeste na occasião do crime para aproveitar ao réo a escusa do art. 27 § 4.<sup>o</sup> do Cod. Penal (*Accordam da Relação do Ceará*, de 8 de outubro de 1897).

XXI. — As perturbações não só das representações senão tambem das sensações e dos impulsos são de natureza a excluir a imputabilidade. Assim, o marido, que mata a sua mulher por havel-a encontrado desvirginada, age sob o impulso violento do sentimento da honra ultrajada, não sendo responsavel criminalmente (*Accordam do Tribunal do Pará*, de 6 de junho de 1906).

Esta decisão não se conforma com os principios que orientáram o nosso legislador, no editar a formula do art. 27 § 4.<sup>o</sup>, segundo deixámos exposto, nem encontra apoio em autores que cita, pois LISZT, quando se refere ás perturbações das sensações e das representações, tem em vista a "*enferma perturbação da actividade mental*", do art. 51 do cod. penal allemão, e KRAFFT-EBING quando recomenda ao juiz indulgencia para casos semelhantes do julgado, não prega a impunidade, mas aconselha a minoração da pena.

E' o ponto de vista do codigo, estabelecendo a attenuante do art. 42 § 2.<sup>o</sup>. E' de notar que a decisão não foi unanime, vencendo por um voto, pois tres desembargadores votáram contra.

XXII. — Não é sufficiente provar que o delinquente soffre de alienação mental, mas é preciso, para dar-se a dirimente do § 4.<sup>o</sup>, do art. 27 do Cod. Penal que o alienado, no acto de commetter o crime, estivesse em estado de completa irresponsabilidade (*Accordam do Tribunal da Relação de Minas Geraes*, de 26 de abril de 1907).

XXIII. — E' absurda a applicação da dirimente do § 4.<sup>o</sup>, do art. 27 a um acto de manifesta concupiscencia que nada tem com os casos de perversão sexual por desvios da mente. Semelhante

dirimente não pode ser invocada e reconhecida quando se trata de um acto revelador dos mais baixos instinctos, não traduzindo estas manifestações de obliteração de sentimentos consequentes de uma causá pathologica (*Accordam do Sup. Trib. de Just., do Ceará, de 16 de maio de 1922*).

XXIV. — A embriaguez não procurada, como meio de encorajamento para delinquir, pôde constituir contravenção (Cod. Penal, art. 396), intervir como attenuante (art. 42, § 10) e dirimente (art. 27, § 4.º). Para ser dirimente deve ser completa, isto é, em gráo sufficiente para produzir a anesthesia moral, a inconsciencia, paralyndo o poder da faculdade volitiva; é necessario que a intoxicação atinja um gráo tal que colloque o ebrio em estado de completa perturbação de sentidos e de intelligencia, mudando-lhe inteiramente o character e não simplesmente exaggerando-o, em uma crise de excitação (*Accordam do Sup. Trib. de Just. de Amazonas, de 26 de dezembro de 1922*).

XXV. — Aquelle que, embriagado, commette um delicto e immediatamente se evade, revela uma relativa lucidez de espirito, não podendo, portanto, invocar em seu favor a referida dirimente (*Accordam do Sup. Trib. de Just. do Amazonas, de 21 de agosto de 1926*).

XXVI. — A embriaguez não procurada, como meio de animar a perpetração do crime, é simples attenuante quando no primeiro periodo; só determina a irresponsabilidade quando completa, de modo a aniquillar a intelligencia e a razão (*Accordam do Sup. Trib. de Just. do Amazonas, de 25 de setembro de 1926*).

XXVII. — O § 4.º do art. 27 do Cod. Penal vem em amparo dos que commettem o crime em estado de embriaguez completa, não procurada como meio de animar a perpetração do crime, como por exemplo, no caso da mãe que se deita, em estado de embriaguez, com o filhinho aconchegado ao seio, e o afoga durante o somno (*Accordam do Sup. Trib. de Just. do Amazonas, de 13 de agosto de 1927*).

XXVIII. — Não é manifestamente contraria á evidencia dos autos a absolvição do réo quando delles consta que era um alcoolico inveterado, intoxicado antigo, muito embora não se prove que no acto de praticar o crime estava em estado de completa perturbação dos sentidos e da intelligencia. O alcoolismo chronico considerado hoje uma das enfermidades mais graves que affligem a especie humana, revela-se por phenomenos somaticos e psychicos. “Quando se acompanha passo a passo a carreira de um bebedor, diz o professor LEGRAIN, citado por VASCO SMITH DE VASCONCELLOS (*As diri-*

*mentes do Cod. Penal*, pag. 137), desde o dia em que elle experimenta os primeiros arrastamentos, na flôr da idade, em plena posse de sua intelligencia e de sua liberdade moral, até o dia, muitas vezes bem afastado do inicio, em que elle succumbe, seja no hospital, seja em manicomio, seja em um asylo de estropiados, percebe-se que estraçalhou na sua corrida para o abysmo, antes de tudo, a intelligencia e a razão; depois perturbou, adulterou, perverteu sua sensibilidade moral, tornando-se o typo do escravo; por fim tornou-se a creatura puramente material, mechanica, com apparencia humana, mas do qual desappareceram toda a serenidade e toda a intelligencia (*Accordam do Tribunal da Relação de Minas Geraes*, de 3 de julho de 1928).

XXIX. — O réo praticou o uxoricidio depois que a esposa confirmou que lhe era infiel. Não houve o flagrante delicto de adulterio: *in ipsa turpitudine in ipsis rebus veneris*. Mas a dirimente invocada no plenario e affirmada pelo Jury foi a do art. 27, § 4.º do Cod. Penal — estado de completa perturbação dos sentidos e da intelligencia no acto de commetter o crime. Surprehendendo a esposa quando se preparava para receber o amante, o réo revelou grande exaltação. Diz KRAFFT-EBING que as paixões, pertencendo ao dominio da vida physiologica, apresentam, quando profundas, perturbações physicas e psychicas notaveis, das mesmas se resentido a consciencia; isto, porém, não pode implicar irresponsabilidade, porquanto o direito penal não deve deixar impune os actos commetidos em estado passional, pois, esses actos constituem frequentemente delictos graves (GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal*, pag. 384). Entretanto, o effeito perturbador da paixão pode reduzir a capacidade de resistencia psychica a gráo inferior ao estado normal. Praticando o delicto nas condições expostas, o reconhecimento pelo Jury da dirimente do art. 27, § 4.º do Codigo Penal, discutivel em seu acerto, não pôde ser tido como proferido manifestamente contra á evidencia dos autos (*Accordam do Tribunal da Relação de Minas Geraes*, de 21 de setembro de 1928).

## 252. — Jurisprudencia estrangeira.

### ITALIANA

I. — Nel quesito sull'infermità di mente, non occorre sia specificata la causa di essa (*Cass. Roma*, 14 genn. 1891)

II. — Il presidente può rifiutarsi di proporre ai giurati la dirimente sull'infermità di mente allorché giudica che il fatto dedotto a base di tale dirimente non sia dalla legge considerato como elemento costitutivo della medesima, ma solo risponda al concetto

della forza irresistibile non piú ammessa dal nuovo Codice (*Cass.*, 7 dic. 1892).

III. — Ben fa il presidente e la Corte a rifiutarsi a proporre la discriminante della infermità di mente, allorché dalla difesa si pretenda di porre come base legale della stessa il fatto che gli accusati aveano agito sotto l'impulso dell'avvenuto ferimento di un loro fratello; fatto che, se pel Codice abolito, poteva essere qualificato come forza irresistibile, pel Codice vigente non può valere che come procazzione (*Cass.*, 28 ott. 1892).

## CHILENA

IV. — Consta del informe médico i demas antecedentes que el reo es acometido periodicamente de ataque de *delirium tremens*, motivado por el abuso de las bebidas alcoolicas i siempre que repentinamente cesa de injerirse la cantidad de alcohol que su organismo le reclama por el habito; que la nocha en que sucedieron los hechos que se pesquisan el reo se encontraba bajo la influencia de esta enfermedad, i por consiguiente, privado completamente de su razon, pues segun su propria confesion i declaración de los testigos que han depuesto en el sumario, no habia motivo alguno que autorizava le agresion de que fué victima N. S. i ella solo pudo ser consecuencia des los excesos de delirio perscucion a que se refiere el facultativo informante, i mui comunes en las personas que se encuntram dominadas por el vicio de la ebriedad o abusos en las bebidas alcohólicas (Corte de Concepcion, 1888)

253. — e) *Constrangimento physico e moral.*

No § 5.º do art. 27, occupa-se o codigo com o constrangimento como causa dirimente da imputabilidade.

A formula dessa disposição diversifica sensivelmente da do § 3.º do art. 10 do anterior codigo, que, por vaga, dava logar a duvidas na sua applicação. Estatuia-se ahi a não responsabilidade dos que "*commettessem crimes, violentados por força ou por medo irresistiveis.*"

Diante da latitude desta formula, questionava-se se ahi eram comprehendidas as paixões e os casos de extrema necessidade, resultantes de acontecimentos ou factos extranhos á actividade, humana, não abrangidos na justificativa do mal maior, de que se occupava o art. 13 § 1.º, correspondente ao art. 32 § 1.º do codigo vigente. Naturalmente para evitar taes incertezas, o legislador procurou vasar a dirimente em outra formula mais precisa, soccorrendo-se mais uma vez do codigo da Baviera. Em seu art. 121, dispõe este codigo:

“Uma acção não será passível de nenhuma pena :

Quando, por uma violencia irresistivel e physica, ou por ameaças acompanhadas de um perigo de morte actual e inevitavel, uma pessoa fôr forçada a um acto criminoso.”

O legislador brasileiro, acceitando esta formula, substituiu apenas as palavras — *perigo de morte actual e inevitavel* — por estas : *perigo actual* — dando assim maior extensão á causa productora do constrangimento, que além de perigo de morte, pôde se traduzir por outro perigo.

Assim, deduzida a formula, verifica-se que o constrangimento, productur da dirimente, pôde assumir a forma de *constrangimento physico*, quando o agente fôr impellido a commetter o crime por violencia *physica irresistivel*, e de *constrangimento moral*, quando fôr impellido por *ameaças acompanhadas de perigo actual*.

Apreciemos detidamente os dois casos.

254. — O constrangimento physico é o exercido directamente sobre o corpo do agente, obrigando-o a fazer o que não deve, ou impedindo-o de realisar o que devia fazer.

São raros os casos de constrangimento physico, quando se trata de delictos commissivos ou de acção, vantagem mesmo não occorendo para quem quer delinquir em obrigar physicamente outro a agir em seu logar, quer porque não deixa de incorrer em responsabilidade, quer por conseguir mais promptamente o intuito criminoso, executando-o pessoalmente.

Exemplos : conduzir violentamente a mão de outro para lançar os caracteres de uma assignatura que não queria lançar ; para dar uma punhalada em outro ; para lançar em uma bebida substancia venenosa, etc.

Mais facilmente pôde occorrer o constrangimento physico nos delictos de inacção, por isso que utilidade pôde haver em impedir alguém de agir, ainda que a lei imponha uma acção e puna sua inercia. Para que o constrangimento physico constitúa dirimente da responsabilidade, é necessario, nos termos expressos da lei, que a violencia seja *irresistivel*, isto é, que não possa ser vencida, de modo que o agente se torne um instrumento da força superior (*non agit, sed agitur*).

E' sómente quando reduzido a essa posição passiva, que poderá ser tido como irresponsavel.

De facto, se a imputabilidade presuppõe como elementos essenciaes a intelligencia e a liberdade, esta se entendendo não só como faculdade de querer, mas tambem de fazer, é bem de ver que, tolhida a liberdade de fazer, convertido o agente em instrumento, que não ha que questionar sobre responsabilidade. O constrangimento physico pôde resultar tambem das forças da natureza. Exemplo :

uma tespestade, arrastando o aeronauta a um campo cultivado torna-o autor involuntario de varios damnos na propriedade alheia.

Dado o caso em que a violencia não seja irresistivel, quer porque podia ser prevenida, quer porque podia ser subjugada ou superada, o crime não será escusado, mas attenuado (art. 42 § 7).

255. — O *constrangimento psychico* ou *moral* verifica-se, segundo a ultima parte do art. 27 § 5.º, quando o agente é compellido a *commetter o crime por ameaças acompanhadas de perigo actual*. Com esta formula, o codigo dirimiu a controversia que trazia a disposição do § 3.º do art. 10 do anterior codigo, vasada por forma semelhante a do art. 64 do codigofrancez (il n'y a pas d'infraction, lorsque le prevenu a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister), disposição esta reproduzida no art. 71 do codigo penal belga.

Para uns, sómente o constrangimento physico constitue a dirimente da responsabilidade, por isso que só elle constitue a *força a que o agente não pode resistir*.

O constrangimento moral não é um constrangimento irresistivel, porque não força materialmente o agente a commetter o delicto. Podia escolher entre o delicto e um soffrimento ou um perigo; se escolhe o delicto, é responsavel por sua escolha. Delle se pôde dizer: *coactus voluit, sed voluit*, quiz coagido, mas quiz.

Tendo-se, porém, em conta a circumstancia em que se viu collocado o agente, deve haver indulgencia na applicação da pena.

E' a opinião que prevaleceu na pratica judiciaria franceza.

Para outros, o constrangimento moral é comprehendido tambem no texto legal.

Primeiramente, por argumento deste texto, visto com não fala de força a que era *impossivel* resistir, mas sim de força a que o agente *não pode resistir*.

Esta expressão mostra que, para apreciar a possibilidade de resistir, é preciso se collocar, não no ponto de vista objectivo, mas no ponto de vista subjectivo, devendo o juiz inquirir se nas circumstancias em que agiu, o agente, tomado qual é, com seu character, seu temperamento, suas fraquezas individuaes, era capaz de resistir á impulsão que recebeu, para reconhecer a seu favor a dirimente, caso se convença de que era incapaz de resistir. Em segundo logar, por argumento de razão, é de notar que o legislador não pôde pretender valer-se da penalidade para impor aos homens actos de heroismo, como seria o sacrificio da vida para impedir um salteador de escapar aos agentes policiaes. Tudo o que pôde exigir é que ninguem viole *livremente* o preceito penal.

Ora, aquelle que age sob o imperio do constrangimento não tem a liberdade sufficiente para se reputar imputavel, collocado como fica na alternativa de um delicto ou de um mal a soffrer, num

estado de espirito que não é aquelle em que deve estar para merecer o castigo.

Reduzida assim a uma quantidade minima a *libertas consilii*, insufficiente se torna para que, junta a *libertas judicii*, fundamente a imputabilidade (GARRAUD, DÉGOIS, HAUS, ORTOLON, etc.).

Justificada assim a dirimente, quando o constrangimento é moral, divergencias ainda se notam entre os tratadistas e commentadores quanto ás suas causas productores.

Para uns, seguindo o conceito de PUFFENDORF, o constrangimento moral é o que póde derivar de *ameaças de grande perigo*, e de quem exerce autoridade; para outros, póde resultar tambem de ordem emanada da autoridade ou de execução de acto legal; ainda para outros, das forças da natureza, tal o caso de quem fere ou mata, na fuga precipitada para escapar de um incendio, para evitar a queda de uma ponte, de um edificio; tal o caso do naufrago que, lutando com as ondas, e no interesse de sua conservação, arranca a terceiro a taboa de salvação e o sepulta no abysmo.

Dando essa extensão ás causas do constrangimento moral, abrangendo mesmo casos de extrema necessidade, commentadores do nosso anterior codigo, como THOMAZ ALVES, o faziam porque a extrema necessidade, considerada como justificativa (art. 14 § 1.º) só comprehendia o impedimento de *mal maior*, e não de *mal equal*, como no caso typico do naufrago.

Outros ainda ampliam as causas do constrangimento pschico, admittindo que possa resultar de *causas internas*, como a fome, justificando o pequeno furto de viveres ou alimentos, a impulsão criminosa morbida, estado doentio em que a vontade é constrangida por uma sorte de obsessão invencivel ao homicidio, ao furto, ao incendio, ao exhibicionismo, etc., conservando, entretanto, o individuo, ás mais das vezes, a lucidez do espirito e a consciencia do proprio estado, especie que, por isso mesmo, não póde ser enquadrada na formula da loucura e estados psychopathicos congeneres.

Pelo expendido, vê-se o estado de incertezas e duvidas creadas pela formula do codigo francez, estado dirimido pelo nosso legislador com a dopção da formula do codigo bavaro, que expressamente admite o constrangimento psychico como dirimente, limitando-o, porém, á causa externa, na forma de *ameaças acompanhadas de perigo actual*.

Não ha que contestar, porém, que a doutrina classica sobre o constrangimento moral, resultante da força irresistivel, encerra um perigo e uma contradicção.

Um perigo, porque fazendo da fraqueza da vontade uma causa dirimente, é fazer uma concessão enorme ao fatalismo: com o mesmo titulo que o medo fundamenta a irresponsabilidade, podem motival-a a cupidez, o ciume, a colera, as impulsões atavicas, e de concessão em concessão, chegar-se-ia á bancarrota do direito repressivo.

Encerra uma contradicção, porque assentando a imputabilidade na liberdade interna, desde que em caso de constrangimento moral ella não desaparece, porque se precuppõe um homem normal, dotado de intelligencia normal, e fazendo uso normal da sua vontade, a consequencia seria a punição, e não a irresponsabilidade.

Para haver coherencia dever-se-ia applicar a doutrina todas as vezes que o movel que arrasta a vontade para o delicto fosse mais forte que o movel que a contivesse na legalidade, consequencia que não se admite com essa plenitude (PRINS).

Incidindo nesta critica, o nosso codigo, muito embora trouxesse limitação ás causas do constrangimento moral, restringindo-as a determinados factos (ameaças acompanhadas de perigo actual), foi de lastimavel imprevidencia, por isso que, modificando a formula do anterior codigo, não fez a indispensavel modificação na da justificativa da extrema necessidade (art. 32 § 1.º), resultando dahi esta incongruencia, que o caso typico dessa justificativa, o sacrificio da vida de outrem para salvar a propria, ahi não se comprehende, pois não se trata de evitar, em tal hypothese, um *mal maior* ! O individuo será punido como autor de um homicidio.

256. — O constrangimento moral, para constituir causa dirimente da imputabilidade, segundo o nosso codigo, deve resultar sómente de *ameaças*, isto é, da perspectiva de um mal, perspectiva creada pela promessa ou protesto feito pela pessoa que constrange.

Ha, pois, em tal hypothese o concurso de tres pessoas: o constrangedor, que mediante ameaça impelle outro a executar o delicto; o constrangido, que executa o crime, e a victima ou o offendido.

Mas não basta a ameaça, é necessario ainda que venha acompanhada de *perigo actual*, isto é, da situação em que, attentas as circumstancias occurrentes no momento do movimento corporeo do constrangedor e segundo juizo imparcial, dá-se a possibilidade immediata, e portanto o fundado receio, de que se siga o mal prometido ou protestado.

A menor incerteza sobre a possibilidade da execução immediata das ameaças proferidas, faria pesar sobre o agente a responsabilidade do crime.

Com effeito, não se trata aqui, como no caso de legitima defesa, de reagir contra aquelle mesmo que consideramos nosso aggressor; trata-se de fazer mal a uma pessoa que não é a causa do perigo de que nos julgamos ameaçados.

De outro lado, um perigo mais ou menos afastado pôde diminuir, mas não excluir a imputabilidade; porque não é de natureza a produzir sobre o espirito uma impressão bastante violenta para arrastar a vontade com força irresistivel, accrescendo que em tal caso pôde-se evitar o perigo reclamando-se a protecção da autoridade ou o auxilio de particulares.

É necessário que o mal ameaçado seja *grave*.

O código bavaro limita-o á *morte*, limitação não accета pelo nosso legislador, que eliminou essa clausula.

Assim, além do perigo de morte, o de outras offensas e lesões corporaes capazes de vencer a energia de um homem de constituição perfeita, é geralmente considerado como sufficiente para subjugar a vontade e fazer desapparecer a responsabilidade do agente. O legislador pôde desejar que o respeito ao direito vá ao ponto de produzir actos de verdadeiro heroismo; mas não pôde punir aquelles que não dispuzerem de coragem e energia necessarias para practical-os.

Dependendo o effeito da ameaça da constituição do individuo ameaçado, é impossivel, para se medir esse effeito, estabelecer um criterio unico.

Ao juiz, pois, é que deve competir o julgamento da gravidade do mal, nos casos occorridos, tomando em consideração a idade, sexo, temperamento, educação, etc. do individuo, e ponderando que, se a justiça não exige, para justificar o crime, um perigo capaz de abalar o homem de mais coragem e firmeza, comtudo não pôde condescender com pusillanidade e fraquezas inexplicaveis.

A ameaça deve ser feita á pessoa de quem se exige a pratica do crime. Não é assim com relação ao mal.

A promessa ou o protesto de um mal pôde ser no sentido de ser feito esse mal ao ameaçado ou á pessoa que esteja presa a este por laço da affeição.

Nesta ultima hypothese, deve-se apreciar a intensidade da affeição que ligava o autor á pessoa ameaçada.

O mal, objecto da ameaça, deve ser *injusto*.

Se aquelle que nos ameaça de um mal tem o direito de nol-o infligir, por exemplo, uma prisão legal, cumpre-nos soffrel-o.

Faz-se necessario finalmente que a pessoa ameaçada não tenha outro meio de subtrahir-se ao perigo, a não ser a execução do crimè.

Não se exige aqui, como no caso de legitima defesa, que os outros meios de salvação sejam seguros, faceis e evidentes; basta que o agente tenha podido lançar mão de qualquer delles para que o crime seja imputavel, porque o temor não é irresistivel senão quando nos achamos collocados entre dous males immediatos, de maneira que seja impossivel evitar um delles (HAUS, PRINS, ROMERO).

## 257. — Jurisprudencia brasileira.

I. O constrangimento physico ou moral é o que decorre de um acto do homem, terceira pessoa que constrange o accusado a delinquir pela forma allegada, desde que o dito constrangimento se revista das circumstancias previstas no art. 27 § 5.º do cod. penal. No quesito respectivo deve ser incluido o facto que por ventura ti-

vesse determinado o constrangimento allegado (*Accord. da 2.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, de 29 maio de 1906*) No mesmo sentido: (*Acc. da 1.<sup>a</sup> Camara da mesma Côrte, de 21 de janeiro de 1907*).

II. — As dirimentes de violencia physica ou moral são incompatíveis com a dirimente da perturbação dos sentidos, assim como com a justificativa da legitima defesa (*Accord. de 1.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, de 21 de janeiro de 1907*).

III. — Não constitue nullidade do julgamento o facto de se reconhecer que o réo praticou o crime por violencia physica irresistivel e por ameaças acompanhadas de perigo actual, visto como taes circumstancias, apezar de differentes, podem dar-se e co-existir nas phases do crime (*Accord. da Rel. do Rio de Janeiro, de 26 de junho de 1898*).

IV. — Não commette crime o juiz que larga-o exercicio do cargo sem prévia licença de superior legitimo, se assim procedeu violentado por molestia gravissima (*Ac. da Rel. de Porto Alegre, de 8 de outubro de 1889*).

V. — Ha contradicção nas respostas do jury, quando esse affirma que o réo fôra impellido a commetter o crime por violencia physica irresistivel, e affirma ao mesmo tempo que o fizera por ameaça (*Ac. do Trib. de Justiça do Maranhão, de 9 de novembro de 1900*).

VI. — E' nullo o julgamento por serem incongruentes as respostas do jury quando este reconhece duas defesas contradictorias — as do art. 27 § 5.<sup>o</sup> do art. 32 § 2.<sup>o</sup> (*Ac. do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 1.<sup>o</sup> de junho de 1903*).

VII. — E' nullo o julgamento se foi indeferido o requerimento do advogado pedindo fosse formulado o quesito referente ao art. 27 § 5.<sup>o</sup> do Cod. Penal (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo, de 10 de setembro de 1903*).

## 258. — Jurisprudencia estrangeira.

### FRANCEZA

I. — La submission que doit une femme a son mari ne peut s'étendre jusqu'à lui obéir pour l'exécution d'un crime et cette submission ne saurait former une excuse en sa faveur (*Cour de Cassation, 25 septembre 1818*).

II. — Un délit ne saurait non plus être couvert sous le prétexte de l'obéissance qu'un fils doit à son père qui ne lui permet pas de discuter les ordres qu'il en reçoit (*Cour de Cassation*, 15 mai 1837).

III. — L'obéissance due par les serviteurs et commis à leurs maîtres ne peut suffire pour justifier leur participation à des actes que la loi qualifie des délits (*Cour de Cassation*, 10 décembre 1842).

IV. — Le prévenu avait été empêché par une force à laquelle il n'avait pu résister — *la violence de l'ouragan*.

Il est de principe que la force majeure met à l'abri de toute responsabilité devant la loi pénale (*Cour de Cassation*, 28 de février 1861).

V. — La force majeure ne peut résulter que d'un obstacle absolu, imprévu, indépendant de la volonté humaine, la dominant, ne lui laissant plus la liberté de choix et a faculté d'agir autrement. Doit être cassé l'arrêt qui accueille le moyen de défense résultant de la force majeure en relevant des circonstances sans précision suffisante et ne permettant pas de vérifier si le prévenu s'est trouvé dans cette situation de fait et de droit (*Cour de Cassation*, 7 novembre 1890).

259. — b) *Casualidade ou caso fortuito*.

No § 6.º do art. 27, occupa-se o código do *caso fortuito* ou da *casualidade*, na produção de um evento danoso.

Não se trata, porém, de uma dirimente da responsabilidade como supõe o texto legal, porquanto em tal hypothese o agente age normalmente, sem qualquer perturbação nas suas funções intellectuales ou volitivas, exigindo-se mesmo que o *exercício* ou *prática de acto licito, feito com attenção ordinaria*, isto é, um procedimento licito e cauteloso.

De outro lado não deixa de ser redundante a disposição, por isso que é principio assente desde o direito romano, reconhecido pelo direito canonico, pelas leis germanicas, pelos antigos praticos (FARINACIUS, BARTHOLO, CLARUS e outros), e pelos modernos tratadistas, com assentimento da jurisprudencia, que o *caso* não é imputavel, porque é um *consequente* que não tem *antecedente* no intellecto operativo do homem (SETTI). Dahi porque a generalidade dos códigos não contem preceito nenhum a respeito, corrente sendo que no silencio da lei toda punição é vedada.

No nosso código, a redundancia do preceito mais se accentua em face do art. 24, onde, tratando-se do crime, se estabelece que só-

mente são passíveis de pena as acções ou omissões commettidas com *intenção criminosa* ou resultantes de *culpa*. Como indicação do que seja caso fortuito, é assumpto de doutrina.

260. — Em um duplo ponto de vista póde ser considerada a intervenção do caso na producção de um evento dâmnoso

*Subjectivamente*, um resultado se considera *casual*, quando *não podia ser previsto*, ou equivalentemente, quando *podendo ser previsto, não podia ser prevenido, estando o homem na necessidade de agir* (CARRARA).

Já vimos que na possibilidade de previsão assenta o traço differencial entre o caso e a culpa.

*Objectivamente*, o acaso nada mais é do que o crusamento de duas ou mais séries de causas e efeitos, primitivamente independentes uns dos outros, que se encontram simultaneamente no espaço e no tempo para originar um novo phenomeno ou uma nova série de phenomenos.

Todo acontecimento é ao mesmo tempo *necessario* e *fortuito*: necessario, em relação á causa de que é efeito; fortuito, relativamente á série de causas que, no mesmo espaço e no mesmo tempo, se encontram sem o gerar.

Acontece assim que os efeitos e as causas se entrecruzam, ou se oppõem, ou se conjugam, determinando uma infinita complexidade de phenomenos.

E' do cruzamento de duas ou mais séries de causas e efeitos que resulta o evento casual.

Assim, por exemplo, é um acontecimento necessario, isto é, devido a certas causas, que alguém em certo momento passe deante de uma casa; é igualmente necessario, isto é, devido a certas causas, que uma telha se desprenda do texto e fira o transeunte. Mas, a coincidencia infeliz dessas series de causas e efeitos, é o que tem o nome de acaso ou caso fortuito (SPENCER VAMPRÉ).

No ponto de vista penal, a questão se reduz, no fundo, a uma avaliação de causas mediatas (CARRARA), e convem distinguir entre a intervenção *inicial* do caso, isto é, quando a casualidade é o motivo unico do dâmnio, e a intervenção *successiva* do caso, isto é, quando o caso intervem como motivo concurrente. Na primeira hypothese não se póde cogitar de imputabilidade; é della que se occupa o codigo, no § 6.º do art. 27.

261. — Para que o caso possa ser considerado motivo unico do evento, e, pois, nenhuma responsabilidade acarretando, duas condições estabelece a lei.

E' necessario em priimeiro logar que o agente esteja no *exercicio* ou *pratica de uma-cto licito*, isto é, de um acto que não se oppõe ás disposições da lei nem aos preceitos da moral.

Em segundo lugar, é necessario que o acto *seja feito com attenção ordinaria*, quer dizer com as cautelas que a prudencia manda tomar na pratica de qualquer acto, afim de evitar algum damno social ou offensa ao direito de particulares.

Assim, não pôde ser responsavel, por se tratar de facto casual, o individuo que, caçando em lugar não prohibido, atirando o animal bravio ou um passaro, fere alguém que se achava no local, sem ser por elle presentido, nem cuja estadia alli podia ser prevista. Trata-se de acto licito, como é a caça em lugar não prohibido, e feito com attenção ordinaria.

Já não se dará o mesmo, porque ha culpa, se estiver caçando em lugar povoado, embora ao atirar não tivesse visto a pessoa offendida, porque o acto não é licito, visto ser praticado em lugar vedado á caça, e, assim, importando em contravenção ás posturas ou regulamentos.

262. — A disposição, ora apreciada, do § 6 do art. 27, é re-produção da do § 4.º do art. 10 do anterior codigo, que por muitos annos se suppoz redigida assim: os que commetterem o crime casualmente, no exercicio ou pratica de qualquer acto licito, feito com a *tenção ordinaria* — por isso que por esta forma vinha exarada nas edições diversas daquelle codigo.

Diversos julgamentos foram mesmo annullados, por presumido defeito do questionario em que se empregaram as palavras *attenção ordinaria* em vez de *tenção ordinaria*.

O dr. J. J. DO MONTE, ex-director da revista — *O Direito*, conseguiu elucidar o caso, obtendo certidãc da disposição em questão, constante do autographo do Codigo Criminal de 1830, verificando-se, então, que ahi, em vez de *tenção ordinaria*, estava escripto *attenção ordinaria*.

Com o codigo vigente deu-se a mesma duvida, porque na edição de 1891, constante do volume publicado pela Imprensa Nacional, intitulado — *Constituição da Republica dos E. U. do Brazil, acompanhada das leis organicas publicadas desde 15 de novembro de 1890* — lê-se: *tenção ordinaria*, erro que vemos reproduzido nas edições feitas por commentadores do mesmo codigo.

Não se encontrando no Archivo Publico o autographo do codigo penal de 1890, o unico meio de verificar se o legislador escreveu mesmo *attenção* em vez de *tenção*, é examinar a primeira publicação do codigo, que foi feita no *Diario Official*, n.º 276, de 15 de outubro de 1890, e, ahi encontramos a palavra *attenção* em vez de *tenção*.

Posteriormente as edições officiaes do codigo foram escoimadas do erro contido na edição feita pela Imprensa Nacional em 1891. Tambem no volume dos actos do Governo Provisorio, expedidos

pelo ministro dos negocios da justiça, CAMPOS SALLES, encontra-se a palavra *atenção* e não a palavra *tenção*.

E. que aquella é mesmo a palavra adequada, basta notar que significando *tenção* a direcção da vontade para um certo fim, ou a intenção, como forma da vontade, no conceito classico, ou seria *tenção ordinaria boa* ou *tenção ordinaria má*. No primeiro caso, — constituiria uma redundancia, porque o *acto licito*, de que trata o texto legal, já presuppõe a boa intenção.

No segundo caso, significando *má fé ou dolo*, haveria contradicção com a expressão — *acto licito*, condição exigida para a verificação da dirimente.

O termo, pois, não póde deixar de ser *atenção*, para denotar a diligencia, o emprego das precisas cautelas de sorte a evitar qualquer gravante a outrem.

263. — O caso póde concorrer com o dolo ou a culpa na produção do evento. Sustentam diversos tratadistas que quem está em culpa, responde tambem pelo acaso, *qui in re illicita versatur etiam pro casu*, doutrina modernamente defendida por ROHLAND e outros.

Outros admittem-n'a, não como principio geral e sim para determinados crimes, como os de perigo commum (CARRARA, FLORIAN, etc.). O nosso codigo não aceitou semelhante doutrina, e haja vista o art. 295 §§ 1.º e 2.º, onde o resultado lethal não é imputado in-totum ao agente, versando muito embora *in re illicita*, por isso que advem do caso fortuito, como factor intercorrente.

Se em alguns casos o codigo lança á conta do agente o resultado mais gravoso, sem cogitar se entrou em sua previsão, é tendo em vista a relação de causalidade objectiva.

## 264. — Jurisprudencia brasileira.

I. — O mal causado por méro accidente não origina a responsabilidade, penal, quando concorrem estas duas circumstancias: 1.ª que se trate de execução de um acto licito; 2.ª que se tenha observado a devida diligencia. A imprudencia da victima não isenta da responsabilidade penal o accusado, se o processo demonstra que houve tambem da parte deste imprudencia, negligencia, impericia na arte ou profissão, inobservancia de disposição regulamentar, principalmente tratando-se de creanças que são sempre protegidas pela lei contra até suas proprias imprudencias, prescrevendo disposições que têm por fim prevenir possiveis accidentes. (*Ac. do Trib. Civil e Criminal do Districto Federal*, de 17 de abril de 1902).

II. A casualidade precisa ser provada de modo a ficar certo que o réo praticou o delicto na execução ou pratica de um acto li-

cito feito com atenção ordinaria e que de sua parte não houve impericia, ou imprudencia ou falta de observancia de algum regulamento (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 24 de março de 1897).

III. — E' casual o ferimento resultante de um tiro, feito na pratica de um acto licito, quando, estando um individuo a fazer uma *armadilha* com arma de fogo, succede esta arma disparar, indo o projectil alcançar outro individuo (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 13 de novembro de 1897).

IV. — Commette crime casualmente o individuo, quando ao collocar em uma garrucha os respectivos cartuchos, succede a arma disparar, indo um dos projectis offender mortalmente outra pessoa (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de julho de 1898).

V. — São incongruentes e contradictorias as respontas, e não pôde prevalecer o julgamento, quando o jury affirma que o réo commettera o crime, impellido por *motivo frivolo*, e ao mesmo tempo que praticára o crime *casualmente no exercicio ou pratica de um acto licito feito com atenção ordinaria* (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 14 de dezembro de 1903).

VI. — E' casual o facto quando, procurando um soldado fechar a alavanca da sua carabina, que notou estar engatilhada, succede essa arma disparar, indo a bala attingir outro soldado (*Ac. da Camara Criminal do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 6 de Junho de 1904).

VII. — E' casual o facto quando, em exercicio de *tiro ao alvo*, succede alguém disparar a arma, indo a bala attingir alguma pessoa (*Ac. da Camara Criminal do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 6 de junho de 1904).

VIII. — Não pôde ser absolvido pela excusa do art. 27 § 6.º, o medico que operando um cliente, causa-lhe a morte, porque não estava no exercicio de um *acto licito* quando operava um menor sem consentimento do pae (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 10 de julho de 1910).

## 265. — Jurisprudencia estrangeira.

### HESPAHOLA

1. — Al que yendo con amigos á una caceria se le dispara la escopeta al cogeria para ponerse en marcha, debe declarársele irresponsable si no cometió discuido ni falta al coger el arma (*Tribunal Supremo*. 5 jul. 1872).

II. — No está exento de responsabilidad el actor que emplea en la representación de una obra teatral una pistola cargada y al caerse al suelo hiere á un espectador (*Trib. Supremo*, 29 de oc. 1873).

III. — No siendo ilícito luchar en juego, el hecho de restabalar uno de los que as jugaban y lesionarse no es delito (*Trib. Supremo*, 30 de nov. 1888).

266. — O código enumerando as causas dirimentes da responsabilidade, faz sempre referencia ao crime, parecendo assim limitá-las a essa espécie de infracção, excluindo as contravenções. Esta conclusão não é, porém, admissível em face do conceito que destas infracções admittiu e dos principios reguladores da imputabilidade.

Como bem nota CARVALHO MOURÃO, uma vez estabelecida a *voluntariedade* do facto como fundamento da imputabilidade, é consequência admittir-se que façam desaparecer a responsabilidade as causas que excluem a livre determinação dos proprios actos, trazendo em resultado um estado morbido ou anormal das faculdades intellectuaes do agente, ou affectando as suas faculdades volitivas com a destruição da liberdade de agir. Embora nesta materia, não se preocupe o legislador com o conteúdo ethico da vontade do agente; embora se contente com a relação de casualidade entre o acto ou a inercia (omissão) e o phenomeno de contrariedade á lei, é claro que, na occorrença dessas causas, o acto é affectado em sua origem physica, o nexo de causalidade é rompido, a vontade do agente não é mais a causa do acto, que não lhe póde ser imputado sem que o legislador se ponha em conflicto com o sentimento universal de justiça, e cessa a razão de punir porque, ou a pena se torna inefficaz pelo estado morbido, do agente e é uma tyrannia o infligir-lhe um soffrimento inutil, ou é desnecessaria no caso de coacção, porque esse acto não revela uma disposição perigosa á boa ordem social que careça de ser corrigida.

A logica é inflexivel; ou se afaste na prevenção das contravenções toda e qualquer indagação sobre o elemento moral e se puna mesmo o caso fortuito; ou a responsabilidade se deve basear na normalidade das faculdades psychicas do agente e na sua liberdade de agir.”

São, pois, admissíveis em materia de contravenções, as dirimentes que resultam de causas physicas (idade, imbecilidade, enfraquecimento senil, loucura), como as resultantes de causas moraes (constrangimento psychico, caso fortuito).

267. — A disposição do art. 31 estatuinto que “a isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil”,

se relaciona com a do art. 70, segundo a qual “a obrigação de indemnizar o damno será regulada segundo o direito civil”.

O assumpto é regulado hoje pelo código civil, arts. 159, 160, 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.

Attendendo não só á collocação, como á semilhança que mantem com o art. 11 do anterior código, o art. 31 se refere evidentemente aos individuos comprehendidos no art. 227, parecendo que tambem o faz em relação aos comprehendidos no art. 28, tendo-se em vista a collocação deste.

Não se trata, porém, aqui de uma dirimente, mas de uma justificativa, como vamos mostrar adiante, pelo que os individuos por ella beneficiados não devem estar sujeitos á responsabilidade civil.

**Art. 32.** Não serão tambem criminosos :

§.º Os que praticarem o crime para evitar mal maior;

§ 2.º Os que o praticarem em defesa legitima, propria ou de outrem.

A legitima defesa não é limitada unicamente á protecção da vida ; ella comprehende todos os direitos que podem ser lesados.

**Art. 33.** Para que o crime seja justificado no caso do § 1.º do artigo precedente, deverão intervir conjunctamente 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.

**Art. 34.** Para que o crime seja justificado no caso do § 2.º do mesmo artigo, deverão intervir conjunctamente, 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.

268. — Mostrámos em que consistem as *causas justificativas* e as differenças que as extremam das *causas dirimentes* da imputabilidade.

Apreciemos agora os casos de justificativas contempladas pelo código. Estes casos são: 1) ordem da autoridade (art. 28; 2) estado de necessidade; 3) legitima defesa (arts. 32 a 34).

ORDEM DA AUTORIDADE

269. — No art. 28, o código só se occupa da isenção da responsabilidade em virtude de *obediencia hierarchica*, e não tambem quando o facto fôr praticado por *prescripção directa da lei*.

O código francez, art. 327, exige o concurso das duas condições para justificar o crime, quando fôr homicidio, ferimentos ou offensas physicas, ao passo que o italiano, art. 49, n.º 1, faz derivar a justificativa, sem limitação da figura delictuosa, quer de uma, quer de outra daquellas condições.

O nosso legislador cogitou só do crime commettido em virtude de obediencia hierarchica, porque para sua justificação, necessario é o concurso de determinadas condições, que era preciso determinar, maximé tratando-se de assumpto não isento de controversias e que affecta directamente o funcionamento dos serviços publicos. Quando o facto é commettido em execução de uma prescripção legal, tão evidente se torna a não culpabilidade de quem o pratica, que desnecessario era em firmal-a expressamente.

De facto, se o crime resulta da violação do preceito legal, é bem de ver que tal não se verificará quando o facto, embora lesivo do bem juridico de outrem, fôr prescripto pela propria lei. *Juris executio non habet injuriam*.

Não ha violação da liberdade individual, na prisão em flagrante de delicto, quer effectuada por agentes policiaes ou officiaes judiciarios, quer por simples particulares, porque é medida que a lei autorisa (Cod. do Proc. Criminal, art. 313); não ha violação do domicilio, quando a entrada em casa alheia fôr feita em caso de incendio, de immediata e imminente ruina, de inundação, de ser pedido soccorro, de ser alli commettendo algum crime ou violencia contra alguém (Cod. Penal, art. 197); não commette crime a autoridade que, não obedecida depois da terceira admoestação, emprega a força para dispersar o ajuntamento e manda recolher á prisão preventiva os cabeças (Cod. Penal, art. 121); não commette crime o juiz que condemna á perda da liberdade individual ou á da propriedade.

O código só se occupa da obediencia hierarchica, porque a relação de subordinação só existe em toda a sua força no serviço do Estado, e na hierarchia dos funcionarios publicos, uns investidos do direito de mandar, outros do dever de obedecer. Na sociedade moderna, se o filho deve obediencia ao pae, a mulher ao marido, o pupillo ao tutor, o discipulo ao mestre, o creado ao amo, todavia essa obediencia não yae ao ponto de justificar o crime em virtude della praticado, a não ser que haja constrangimento physico ou moral, caso em que a irresponsabilidade resultará sómente dessa coacção ou violencia, nos termos do art. 27 § 5.º do código.

No serviço do Estado, porém, a necessidade de obediencia ás

ordens dos superiores se impõe como regra, por isso que tem como fundamento a presumpção de legitimidade, de serem ditadas em execução fiel da lei e visando o bem publico.

Dada, porém, a hypothese de abuso de poder pelo superior, indaga-se se o inferior deve ainda obedecer, ou se tem o direito de resistir, sem que incorra em falta funccional.

Para a theoria conservadora, o dever de obediencia do inferior hierarchico, quer seja civil, quer militar, constitue sempre regra absoluta, mesmo que evidente seja a illegalidade da ordem. Com razão tem sido repellida pelo moderno direito publico semelhante theoria, por incompativel com a dignidade humana, por isso que faz do inferior hierarchico um mero instrumento, executor material daquillo que sua propria consciencia repelle, por ser uma violação do preceito legal.

De outro, lado, obrigar á obediencia em tal conjunctura, além de garantir a impunidade, seria favorecer a pratica de novos crimes, fornecendo executores irresponsaveis.

E' bem de ver que a responsabilidade do inferior pela execução de uma ordem de tal natureza, só pôde ser admittida quando tenha elle capacidade de comprehender o character de ordem recebida e disponha da possibilidade de resistir ao seu cumprimento, condições mais faceis de serem preenchidas na ordem civil do que na ordem militar, por isso que nesta a disciplina restringe sobremodo o poder de resistencia.

O problema recebe solução mais radical na theoria ultraliberal, segundo a qual o inferior tem o direito de desobedecer e de resistir ao superior hierarchico por menos evidente que seja a illegalidade da ordem, desde que seja illegal.

Admittir-se semelhante direito, quando mesmo perdurasse a presumpção da legitimidade, á vista da dubiedade da illegalidade da ordem recebida, seria implantar a subversão. Assim, o direito de resistencia só é admissivel quando manifesta fôr a illegalidade da ordem, por isso que em tal hypothese cessa o dever de obedecer.

Se apezar disso, o inferior executa a ordem que recebeu, cuja criminalidade conheceu, associa-se ao crime de seu superior, e deve responder pelas consequencias.

Sua irresponsabilidade, pois, assenta na ignorancia da illegalidade da ordem, ou no erro da natureza desta, acreditando-a legitima, por isso que a evidencia do contrario, da sua criminalidade não se tinha pátenteado no caso (HAUS, LIMA DRUMMOND). E' a solução razoavel propugnada pela theoria mixta ou ecclética.

Vejamos como a questão foi resolvida pelo nosso legislador.

270. — O art. 28, que é uma reproducção mutilada do art. 122 do codigo da Baviera, parece consagrar a theoria conservadora da obediencia hierarchica absoluta.

O código bavaro faz referencia á illegalidade da ordem, como *infracção funcional*, parte esta supprimida pelo nosso código, assim dispondo :

“Art. 122. A ordem só de commetter um crime, não isenta da pena aquelle que a executa. Todavia, quando um funcionario do Estado ou um representante da autoridade publica, tiver prescripto aos agentes, officiaes ou autoridades collocadas sob suas ordens e sua dependencia, um acto que seja punivel como constituindo um abuso, excesso ou violação dos deveres funcçionaes, a responsabilidade penal desse facto incumbirá aquelle que tiver dado a ordem e não áquelle que tiver obedecido.”

Elucidando esta disposição, o *Commentario official* do mesmo código diz ser necessario o concurso das seguintes condições para a irresponsabilidade do executor da ordem: 1.º) que a ordem emane de autoridade competente nos limites de suas attribuições; 2.º) que esta ordem seja concernente a objecto de serviço; 3.º) que só seja punivel como constituindo abuso, excesso ou violação dos deveres funcçionaes; 4.º) que, executando essa ordem, os inferiores não violem tambem algum dever de suas funcções.

O nosso código parece consagrar a theoria da obediencia absoluta, por isso que não se referindo á illegalidade da ordem, apenas exige, para a justificativa a obediencia *legalmente* devida ao superior legitimo e ausencia de *excesso* nos actos ou forma da execução.

Entretanto, se relacionarmos o art. 23 com o art. 299, verificamos que essa não póde ser a intelligencia daquelle texto, pena de pôr essas disposições em manifesta antinomia.

Effectivamente, no art. 299, se cogita da illegalidade da ordem, punivel seu autor muito embora a executasse em virtude de obediencia hierarchica.

Assim, para a existencia da justificativa do art. 28, são necessarias as seguintes condições: 1.ª) que a ordem emane de autoridade competente nos limites de suas attribuições; 2.ª) que esta ordem seja concernente a objecto de serviço; 3.ª) que só seja punivel como constituindo abuso ou excesso de poder; 4.ª) que seja revestida das solemnidades necessarias para a sua validade, e não seja manifestamente contraria ás leis; 5.ª) que não haja excesso nos actos ou na forma da execução.

O nosso código consagra, pois, a theoria mixta ou eclectica.

271. — Para se aquilatar devidamente da responsabilidade do executor da ordem, é preciso ter em vista a natureza dos actos praticados. Os actos judicarios não podem ser executados senão quando revestidos das formas determinadas pela lei.

O official encarregado da execução de uma ordem judiciaria não tem que examinar sua legitimidade intrinseca, e tão sómente sua forma extrinseca, e se esta é regular, deve dar execução ao acto, pelo que executando-o, está a abrigo de qualquer responsabilidade. *Qui jussu judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, qui parere necesse habet* (L. 167, *Dig. De reg. juris*).

A forma de que vêm revestidos os actos judicarios visa assegurar sua legalidade, pelo que nella tem o official executor a garantia de que a ordem dada é conforme a lei.

Incorre, pois, em responsabilidade o official judiciario que pratica um acto do officio sem estar munido do competente mandado, por exemplo, se effectúa uma penhora, um arresto, um sequestro, uma prisão, fóra do flagrante de delicto, uma busca e apprehensão, etc.

Os actos administrativos, onde a forma não é de rigor, não apresentam, por isso as mesmas garantias de legalidade que os actos judicarios. Assim, para a justificação dos agentes do poder que executáram uma ordem illegal desta natureza necessario é ter em vista as demais condições apontadas (n.º 270).

Assim, não incorre em responsabilidade o inferior que, em obediencia a seu superior hierarchico, executa, sem excesso nos actos ou na forma, uma ordem della emanada, nos limites de sua competencia, e concernente a objecto de serviço, desde que a ordem não seja manifestamente criminosa.

Assumiria este character se o superior ordenasse ao inferior que no seu serviço commettesse, por exemplo, uma falsificação, um relatório falso, a alteração de factos de que era encarregado de executar. Em vão invocaria, diz HAUS, para justificar o cumprimento de tal ordem, o dever de obediencia hierarchica.

Esta obediencia não é absolutamente cega e passiva; não dispensa o subordinado de fazer uso de sua razão e de obedecer á lei antes que á ordem de seu superior, quando esta ordem é manifestamente illegal, ou, como diz NYPELS, quando a illegalidade é *grosseira, manifesta aos olhos de todos*, caso em que facilmente o inferior poderá ser considerado como agindo por interesse pessoal, tornando-se cúmplice consciente e voluntario da illegalidade, e, por conseguinte, sem o direito de invocar a justificativa concedida pela lei. Não se isenta ainda da responsabilidade, quando reconhecendo a illegalidade da ordem, e representando nesse sentido a seu superior, este a reitera, porque o facto, diz LABAUD, de ser a ordem dada *duas vezes* não póde tornar legal um acto illegal.

Os principios expostos são tambem applicaveis á ordem militar, muito embora a disciplina que ahi deve vigorar como regra fundamental. Muito embora os deveres que contrahe, mais rigorosos em tempo de guerra do que em tempo de paz, o soldado não fica reduzido a instrumento cego.

Deve pelo menos, diz PRINS, comprehender a ordem dada e saber se ella emana verdadeiramente de seu superior; não deixa de ser um cidadão dotado de intelligencia e de vontade, e desde então conserva sua parte da responsabilidade.

Se a legalidade da ordem é duvidosa, deve obedecer; se a criminalidade da ordem é evidente, não pôde obedecer sem incorrer em responsabilidade.

Como della isentar o soldado que, por ordem de seu superior, atira contra um pacifico transeunte ?

Isto evidente se torna em nosso direito, expresso sendo o preceito da Constituição Federal, art. 14, quando diz que “a força armada é essencialmente obediente *dentro dos limites da lei*, aos seus superiores hierarchicos.”

## 272. — Jurisprudencia brasileira.

I. — Os jurisconsultos romanos tinham firmado o principio de que era responsavel unicamente o superior que ordenava o facto, não tendo, portanto, crime o inferior que obedecia, *is damnum dat, qui jubet dare, et jus vero nulla est cui parere necesse sit*. Dig., L. 169 *de regulis juris*. Porém, este principio tinha uma excepção, o inferior era punido quando a ordem apresentava as apparencias de um delicto grave, porque nenhuma autoridade era superior a autoridade da lei, *adea quæ non habest atrocitatem facinorosæ vel sceleris ignoscitur servis, si vel dominis vel hie que vice dominorum sunt, veluti tutoribus et curatoribus, obtemperavint*, Dig. L. 157. *de regulis juris*.

Os escriptores modernos não admittem tambem a irresponsabilidade absoluta do inferior que commette o crime por ordem de seu superior hierarchico, pelo contrario, consideram-n'o responsavel, quando a criminalidade do facto era tão evidente que não podia ser objecto de duvida, quando a evidente illegalidade destruia promptamente a legitimidade do commando, fazendo cessar a obediencia. Basta citar os tres seguintes mestres: “Para que não constitua crime, o facto deve ter sido ordenado pela autoridade legitima, agindo nos limites em que pôde legalmente se exercer.

Por exemplo, a submissão que os filhos devem a seus paes, a mulher ao seu marido, a obediencia que o criado ou o operario deve áquelle que o emprega tem como limite necessario o respeito da moral e da lei; a autoridade da pae, do marido ou do patrão cessa de ser legitima, quando ordena um crime; a ordem dada não innocentaria nestes diversos casos aquelle que a executasse, teria unicamente como effeito transformar o que deu a ordem em co-auctor da infracção.

Assim foi julgado pela Côte de Appellação de Liége que um guarda que commette um delicto de caça em terreno submettido á

sua vigilancia não pôde desculpar-se, invocando a ordem de seu committente. Do mesmo modo a autoridade dos funcionarios sobre os seus subordinados não é legitima sinão quando ella se exerce nos limites em que as leis organicas dos poderes deste funcionario a circumscrevem — NYPELS, *Cod. Penal Belga intérpr.* vol. 1.º, ps. 223 e 224.

“Os militares obrigados por uma sancção penal rigorosa á obediencia passiva, geralmente não podem apreciar a legalidade da ordem ou a oportunidade do facto que praticaram; estão protegidos por uma presumpção de que o facto é legal e util. Entretanto, esta presumpção cessa si foi de toda evidencia que o facto é illegal e criminoso, alheio e extranho ao serviço militar; por exemplo; um chefe dá ordem aos seus soldados que se introduzam em uma casa e ahi commettam um rapto, um estupro; dá ordem que falsifiquem um documento imitando uma assignautra, alterando fraudulentamente os dizeres; dá ordem que espangem um individuo contra o qual tem resentimento. Neste caso o inferior tem o direito e o dever de recusar a obediencia a estas ordens manifestamente illegaes. O agente que as cumpre não pôde invocar a justificativa, o chefe que deu a ordem é co-autor do delicto por provocação por meio de abuso de poder. ROSSI diz muito bem que a obediencia hierarchica cessa de ser uma justificativa para o agente, quando a criminalidade da ordem dada é de tal modo evidente que destróe a presumpção da legitimidade do commando. Em 1572, no governo de Carlos IX, por occasião da *Saint Barthelemy*, muitos governadores se honraram, recusando cumprir as ordens do rei, entre outros o conde de Tende, governador da Provençe, o marquez de Gordes, governador do Delphinado. Refere a tradicção que o visconde de Orthez, governador de Bayonne, mandou ao rei esta nobre resposta: “Communiquei a vossa carta á guarnição e aos habitantes desta cidade: encontrei bravos soldados, bons cidadãos, nem um carrasco — MOLINIER, *Trat. de Dir. Pen.*, vol. 2.º pags. 206 e 207.

“E” questão importante que convém resolver se o soldado deve executar passivamente, cégamente, as ordens de seu chefe, quaesquer que sejam, recahindo unicamente sobre o mandante toda a responsabilidade legal e moral.

Em nome da obediencia passiva alguns escriptores pronunciam-se pela affirmativa, sustentando que o soldado deve ser considerado como um instrumento material que sempre obedece á voz do commando, qualquer que seja, sempre passivo, sempre dócil, mas, como disse FAUSTIN HÉLIE, esta doutrina é muito absoluta para que seja verdadeira. O homem não pôde jámais ser reduzido a um papel puramente material, sua responsabilidade moral é essencial ao seu sêr, ninguem pôde lhe impôr o sacrificio de sua consciencia. Como comprehender um dever que prescrevesse a exe-

cução de um crime, uma lei que ordenasse a violação das outras leis? A obediencia hierarchica é uma dos principios fundamentaes da ordem social; mas esta obediencia não deve ser nem cega nem passiva; ella suppõe a legitimidade da ordem e do commando e esta presumpção cobre em geral os actos dos agentes que os tem executado. Mas a presumpção não deve cessar quando a ordem é evidentemente criminosa ?

Deve ser obedecido o official que manda fazer fogo sobre uma população pacifica, incendiar a casa de um cidadão inoffensivo ? E o soldado que prestou o seu braço a este crime, não é culpado de incendio e de homicidio ? Innocentar o inferior da responsabilidade da acção é flagrante injustiça, é assegurar a impunidade á um dos culpados, favorecer a perpetração dos crimes, fornecendo-lhes agentes irresponsaveis. E' preciso, portanto, repellir a theoria de que sob as armas os militares são cégos instrumentos, porque devem obedecer ao chefe sob cujas ordens estão collocados. Mesmo no serviço é evidente que o direito e a moral estão acima do capricho do chefe. Como diz BERRIAT — SAIN-PRIX, os generaes receberam o poder de expôr a vida de seus soldados, mas unicamente para defender a patria e fazer respeitar a vontade nacional regularmente manifestada. Concluimos pois, com GROTIUS, BENJAMIM CONSTANT, ROSSI, CHAUVEAU-HÉLIE, BERRIAT — SAINT-PRIX, BOITARD; MORIN, TISSOT, etc., que não ha obediencia militar passiva completa, que ella tem um limite, aquelle que motivasse uma infracção evidente á lei que a autoridade militar deve fazer respeitar, á ella submettendo-se de uma maneira exemplar.

Para resolver a questão é preciso saber se o soldado julgou a ordem legitima ou se conheceu a criminalidade. Si commetteu scientemente um delicto é por elle responsavel — JOSEPH LÉFORT, *Dir. Crim.* pags. 215 e 216.

O Codigo Penal da Republica não se afastou da doutrina ensinada pelos escriptores. Os termos do art. 28 são bem claros e positivos. A ordem de commetter crime não isenta da pena aquelle que o pratica, salvo si for cumprida em virtude de obediencia legalmente devida a superior legitimo e não houver excesso nos actos ou na forma da execução. E no artigo 229 define ordens illegaes as quaes emanam de autoridade incompetente, as que são destituídas das solemnidades externas necessarias para a sua validade ou são manifestamente contrarias ás leis. Não é superior hierarchico de uma praça de policia, um inspector seccional, agente subalterno da autoridade policial (*Sentença do Dr. VIVEIROS DE CASTRO, de 29 de março de 1898, confirmada por accordam da Camara Criminal do Tribunal Civil e Criminal, de 11 de junho de 1898, e accordam da Camara Criminal da Côte de Appellação, de 19 de setembro de 1898*).

II. — São isentos de pena os soldados de policia que, acudindo ao sub-delegado que procura realizar a prisão de um criminoso, cuja resistencia aquella autoridade affirmava, descarregam as suas armas, por ordem do referido subdelegado, dando morte ao criminoso. Essa ordem devia ser obedecida pelas praças, que não podiam suspender o serviço para indagar de circumstancias superiores á esphera de sua competencia, e, cumprindo essa ordem, as praças não a excederam, desde que de — “fazer fogo” — foi a ordem. Seria perigosa a doutrina de permittir a desobediencia de praças de policia no acto de effectuarem prisões determinadas pelas autoridades, quando só estas têm competencia para conhecer das causas e fundamentos dellas (*Ac. do Trib. de Justiça do Rio Grande do Sul*, de 23 de janeiro de 1900).

273. — Jurisprudencia estrangeira.

FRANCEZA

I. — La soumission que doit une femme à son mari ne peut s'étendre jusqu'à a lui obeir pour l'exécution d'un crime et cette soumission ne saurait former un excuse en sa faveur (*Cour de Cassation*, 25 septembre 1818).

II. — Un délit ne saurait non plus être couvert sous le prétexte de l'obéissance qu'un fils doit à son père et qui ne lui permet pas de discuter les ordres qu'il en reçoit (*Cour de Cassation*, 15 mai 1837).

III. — L'obéissance due par les serviteurs et commis à leurs maitres ne peut suffire pour justifier leur participation à des actes que la loi qualifie des delits (*Cour de Cassation*, 10 décembre 1892).

HESPANHOLA

IV. — La mujer casada no se halla exenta de responsabilidad si presta obediencia á las indicaciones criminales de su marido (*Trib. Supremo*, 16 de março 1882).

V. — La obediencia es debida cuando el que manda lo hace en virtud de sus atribuciones, y el que obedece obra dentro de sus deberes (*Trib. Supremo*, 4 de marzo 1886).

VI. — Nadie está obligado á la obediencia cuando el mandato ó encargo se refiere á la ejecución de actos imorales y punibles (*Trib. Supremo*, 17 de octubre 1890).

VII. — Es preciso que la obediencia conste y sea debida, y que recaiga sobre actos licitos y permitidos, obrando lo mismo el que manda que el que obedece dentro de la ley.

No concurren estes elementos en el caso de que una mujer venda y se aproveche de efectos sustraídos por su marido, conociendo áquella la ilícita procedencia de los mismos (*Trib. Superior*, 26 de noviembre 1890).

#### ESTADO DE NECESSIDADE

274. — Caracterisa-se o *estado de necessidade* pelo conflicto de interesses licitos, cada um dos quaes sómente pôde ser conservado á custa do outro, situação que pôde resultar de forças naturaes ou de acto humano. Presuppõe, pois, a situação de perigo actual, que sómente pôde ser removida pela lesão de interesse licitos de outrem. E' exactamente pela imminencia de um perigo, que se assemelha o estado de necessidade á legitima defesa, porquanto nesta ha egualmente imminencia de um mal, que só pôde ser removido mediante offensa de interesses juridicos do aggressor.

De sorte que a legitima defesa em si mesma não passa de um caso particular de necessidade e entra na grande classe dos casos de necessidade (*vis major*), factó bem caracterizado pelo termo allemão — *Nothwehr*, *necessidade da defesa*.

Distinguem-se, porém, o estado de necessidade propriamente dita (*Nothstandt*) da legitima defesa, em que alli ha conflicto de interesses licitos, direitos ou deveres, entre si, cada um dos quaes só pôde ser conservado ou cumprido á custa de outro, ao passo que na legitima defesa, o conflicto é entre interesses licitos de um lado e illicitos de outro.

Alli o aggreddido é innocente, extranho ao perigo que ameaça os interesses de outro, aqui, pelo contrario, é o autor do perigo do ataque injusto.

CARRARA assignala bem essa differença, dizendo que “o acto pelo qual o homem se determina por um constrangimento desse genero pôde revestir uma dupla forma, de *acção* ou de *reacção*.”

Tem-se o effeito da *acção*, quando a violencia procede de um caso fortuito ou de um terceiro, e que o acto commettido pelo homem, para se salvar do mal que o ameaça, é dirigido contra uma pessoa que *não era causa* desse mal.

Tem-se o effeito da *reacção* quando, para nos livrar de um perigo imminente, repellimos *aquelle mesmó* que nos ameaça e, para *nossa defesa*, não nos limitamos á simples resistencia, mas vamos até á *offensa* e ao *ataque* de nosso proprio aggressor.”

275. — Procurando qual a razão jurídica da justificativa no estado de necessidade, abandonada a intuição da escola antiga do

direito natural, segundo a qual nesse estado a ordem juridica mesma parece suspensa (GROTIUS, PUFENDORF, WOLFF, FICHTE, WACHTER, GROLMAN), veio a predominar a doutrina que assenta a justificativa na coacção psychologica ou constrangimento psychico proveniente do temor de um mal inevitavel (FEURBACH, GEYER, BIRKMEYER, LONING, CARRARA, etc.).

E' a doutrina que inspirou o codigo francez, art. 64, belga, art. 71, sardo, art. 94, austriaco, art. 2, letra *g*, de Valais, art. 85, de Genebra, art. 52, de Neuchatel, art. 39, de Ticino, art. 46, § 1.º; letra *b*, de Vaud, art. 51, n. 4, etc., que contêm a fórmula da *força irresistivel*, cuja latitude tem dado lugar á frequentes abusos.

A constatação do constrangimento moral implica um exame psychologico sempre incerto e vago, e, além disso, o constrangimento moral e a força irresistivel são sempre discutiveis e, em rigor, é de afirmar que o agente teve a liberdade de escolher entre dois partidos, sacrificar seu direito respeitando o direito de outrem ou salvar seu direito sacrificando o direito de outrem, e que é responsavel pela sua escolha. Dahi porque essa doutrina, toda subjectiva, foi pouco a pouco abandonada, sendo pela sciencia moderna e pelas legislações mais recentes (codigo italiano, art. 49, n. 3, hollandez, art. 40), adoptada a doutrina objectiva, desenvolvida particularmente na Allemanha, que da necessidade tira a razão da não criminalidade da acção, estado cuja constatação não exige senão a apreciação de um conflicto juridico de direitos ou de interesses licitos, e para os juristas, uma egual apreciação é muito mais simples e muito menos sujeita a erro.

Tomandó em consideração a natureza particular do acto, sua impunidade resulta especialmente do seu valor em cotejo com o do bem em conflicto.

Assim, tratando-se de conflicto entre interesses licitos de natureza differente e de valor desigual, que não podem coexistir, e dos quaes um não póde ser conservado senão pelo sacrificio do outro, é justo que o menor seja sacrificado e o Estado tem o interesse na conservação do bem mais importante.

O respeito da propriedade não póde ser levado ao ponto de impedir a damnificação de um terreno, de colheitas, de objectos mobiliarios, para salvar uma casa que se incendeia e seus habitantes; o capitão de um navio, durante uma tempestade, póde lançar ao mar toda ou parte da carga para salvar o navio e seus passageiros: o postilhão, atacado por salteadores, para se salvar entregalhes a mala; o individuo que, desprovido inteiramente de recursos, e para se salvar ou salvar a mulher ou os filhos da inanição, se apossa de viveres alheios, não póde ser considerado culpado de furto, etc.

Esta ultima hypothese foi objecto de notavel julgamento do tribunal de Chateau-Thierry, em 4 de março de 1898, e de um

aresto da Côrte de Amiens, de 22 de abril do mesmo anno, sendo absolvido o accusado por considerações subjectivas tiradas, por falta de disposição especial sobre o estado de necessidade, uma da força irresistível do art. 64 do código penal francez, a outra da ausencia de intenção fraudulenta necessaria para constituir o furto punivel.

Justificando tambem o furto de alimentos, em situação de extrema necessidade, vemos o direito canonico, a Carolina, arts. 166 e 175, e os philosophos e criminalistas dos seculos XVII e XVIII, que consideram tal caso como typico do estado de necessidade (GROTIUS, PUFENDORF, MUYART DE VOUGLANS, JOUSSE, ROUSSEAU DE LACOMBE, etc.).

Assim, no caso de sacrificio de um bem de valor menor ao de valor maior, accôrdes são os tratadistas em reconhecer, especialmente os hegelianos (KOSTLIN, HALSCHNER, MEYER e outros), *direito de necessidade* em favor de quem se achar nessa situação. O conflicto pôde se estabelecer entre bens da mesma natureza e de valor igual, tal o caso classico dos dois naufragos agarrados á mesma taboa, insufficiente para supportar a ambos, resultando um atirar o outro ao abysmo; de dois individuos que sôbem á montanha ligados por uma corda, acontecendo um delles despenhar-se e ficar suspenso sobre o abysmo pela corda, e outro a corta, por não poder por mais tempo sustentar o companheiro (LISZT); do capitão Thomaz Dudley e de seu immediato Edwin Stephens, julgados pelo jury de Exeter, na Inglaterra, os quaes, em consequencia do naufragio do yacht *La Mignonnette*, lançados em uma pequena barca, decidiram, depois de 18 dias de atrozes soffrimentos, matar o grumete Parker, seu companheiro, para beber-lhe o sangue e comer-lhe a carne (MORIAUD, que cita numerosos casos deste genero).

No apreciar esta hypothese, divergem os escriptores.

Para uns ha simples escusa absolutoria, o acto sendo injusto, por isso que nada autorisa afastar um perigo pelo sacrificio de um innocente, mas devendo ficar impune, porque a lei positiva não pôde exigir o sacrificio heroico de preferir sua propria morte á de seu semelhante (BERNER, JANKA, etc.). Observou-se, porém, que esta tolerancia e esta impunidade tiram ao acto seu character de injustiça.

Para outros, o conflicto tem um character extra-juridico, é indifferente á lei. A sociedade não tem nenhum interesse em tomar parte no caso, em preferir um individuo por outro, e assim o conflicto fica fóra do direito (LISZT, FIORETTI, ZERBOGLIO, MORIAUD, etc.).

276. — O nosso legislador, de 1830, muito embora dominante, então, a doutrina subjectiva da força irresistível, não deixou, num desses lances de previdencia, communs na construção que erigiu, de vislumbrar a doutrina verdadeira, dando-lhe acolhida, apesar de partir a unidade da idéa, tratandó duas sub-divisões de um modo

essencialmente diverso, isto é, considerando como dirimente o estado de necessidade quando resultante de acto humano (medo irresistível, do art. 10, § 3, ultima parte), e como justificativa, quando resultante de forças da natureza (mal maior, art. 14, § 1.º).

Caracterizando assim, em fórmula especial, o estado de necessidade, encarado só quando desiguaes fossem os direitos ou interesses licitos em conflicto, justificando o perecimento do menor em favor do maior, o nosso legislador se inspirou em BENTHAM, cujos termos reproduz quasi leteralmente.

Discorrendo a respeito, diz o philosopho jurista inglez: “A *repulsão de um mal mais grave* é o caso em que se faz um mal para prevenir um maior. E’ a este meio de justificação que se referem os extremos aos quaes pôde-se ser forçado a recorrer nas molestias contagiosas, no sitio, fome, tempestade, naufragios.

*Salus populus suprema lex est.* Tanto mais um remedio desta natureza é grave, quanto é mister que sua *necessidade* seja evidente. A maxima da salvação publica tem servido de pretexto a todos os crimes. Para que este meio de salvação seja valido é mister constatar tres pontos essenciaes: *a certeza do mal que se quer desviar.* — *Falta absoluta de qualquer outro meio menos custoso.* — *A efficacia certa daquelle que se emprega.*”

Estas tres condições vêm no codigo brasileiro, sómente modificando a última, com exigir, não a *efficacia certa* do meio empregado, mas a *probabilidade*, modificação reputada feliz por THOMAZ ALVES, porquanto “na collisão dos actos entre os quaes tem de deliberar o agente ha mais equidade exigindo *probabilidade* antes do que *certeza*. Em taes casos não ha tempo para a reflexão e calculo, é difficil, senão impossivel, obrar ccm certeza plena.”

Este modo de encarar em duplo aspecto o estado de necessidade, vemos adoptado posteriormente pelo codigo allémão, arts. 52, al. 1.ª e 54, passivel de justa critica de seus commentadores.

O nosso legislador, de 1890, estatuindo em situação muito diversa, quando a doutrina objectiva do estado de necessidade já estava perfeitamente delineada e praticamente uma realidade em diversos codigos, não pôde merecer excusa por manter a mesma orientação do anterior codigo, bipartindo a idéa do estado de necessidade, com tratamento diverso.

Depois, modificando a fórmula da dirimente do constrangimento psychico, que reduziu ao caso em que adviesse de *ameaças acompanhadas de perigo actual* (art. 27, § 5.º), não permite o ingresso do caso de conflicto de direitos da mesma natureza e do mesmo valor (vida contra vida), resultante de acontecimento fortuito, como o admittia a fórmula geral do § 3.º, do art. 10, do anterior codigo.

Assim, para o codigo vigente, incorre em pena o que sacrificar a vida de outrem para salvar a propria.

Em summa, para o código vigente, o estado de necessidade se verifica “quando, por motivo de um *acontecimento fortuito* ou *accidente natural*, estabelece-se um conflicto de interesses que determina alguém a sacrificar direitos de terceiro, para salvaguardar outros de maior valia (WHITAKER).

Esta situação, como deixa claro o conceito, só pôde resultar de causas naturaes ou fortuitas, e não de causas voluntarias, isto é, de acto humano, justifica ou tira o character illegal da acção do agente, muito embora a consciencia de violar direitos de outrem, satisfeitas que sejam as condições do art. 33.

Tal o caso do individuo que, para não morrer de fome, nos sertões da Parahyba, Rio Grande do Norte, Ceará e outros logares assolados pela secca, furta generos alimenticios (ESCOREL, FRANCISCO LUIZ).

277. — Para que a acção seja justificavel, em estado de necessidade, deverão intervir conjuntamente a favor do agente, os requisitos do art. 33, e dada a não occorrença de todos, terá logar a attenuante do art. 42, § 6°.

O primeiro requisito é a *certeza do mal que o agente quer evitar*.

E’ necessario o conhecimento seguro de que esse mal está imminente. Mas, como bem observa TUOZZI, tal requisito deve ser apreciado, não na sua realidade objectiva, mas subjectivamente, em relação ao estado de animo em que se acha, no momento do facto, aquelle que invoca a justificativa.

Só quando o mal fôr ephemero, e podia ser como tal conhecido sem muita reflexão, o beneficio da lei seria inoportunamente invocado.

A maxima romana já dizia: *vani timoris justa excusatio non est*.

E’ de notar que se a lei não pôde exigir acto de heroismo, de abnegação no conflicto de interesses licitos, entretanto, profissões ha que exigem uma firmeza superior á do commum dos homens no affrontar perigos relativos ao corpo ou á vida, pelo que a defesa fundada na necessidade não aproveita, em certos casos, ás pessoas que exercem taes profissões, como o soldado, o marinheiro, o empregado de policia de segurança, o individuo que faz parte de um corpo de bombeiros, etc. (LISZT).

Cumpra notar mais que o estado de necessidade, por isso mesmo que resulta de um acontecimento fortuito, não pôde ser devido á culpa, e o é, quando a pessoa posta em perigo previra ou devera prevêr que, em tal situação, só poderia salvar os seus interesses á custa de interesses alheios. A culpa deve, pois, ser entendida com referencia ao acto determinado pela extrema necessidade.

O segundo requisito é a *falta absoluta de outro meio menos prejudicial*. E’ evidente que se meios mais brandos podem ser postos

em acção para impedir o mal que se teme, desaparece a necessidade que é a base fundamental da isenção punitiva (WHITAKER).

O terceiro requisito é que *haja probabilidade da efficacia do meio empregado*. Se esse meio não se adaptava ao fim a que se propunha, nota o mesmo jurista, não era idoneo, mas improprio e incapaz de produzir o effeito desejado, seu emprego era inutil, desnecessario, injustificavel.

Cotejando-se estes requisitos com os exigidos para a legitima defesa (art. 34), verifica-se que correspondem — a *certeza* do mal que se propoz evitar, no estado de necessidade, á *actualidade* da aggressão na legitima defesa; a *falta absoluta* de outro meio menos prejudicial, no estado de necessidade, á *inevitabilidade* da aggressão na legitima defesa; á *probabilidade da efficacia* do meio que se empregou, no estado de necessidade, á *moderação* da repulsa na legitima defesa.

Não se exige no estado de necessidade o requisito da *injustiça* da aggressão, por isso que se caracteriza, como vimos, pelo conflicto entre interesses licitos.

Finalmente, é de notar que, ao contrario do que dispõe a respeito da legitima defesa, o codigo não torna extensivel a terceiro, que intervenha, o beneficio da justificativa.

Assim, a intervenção de terceiro é punivel se fôr uma acção independente e não um mero acto de cumplicidade na lesão do bem alheio por parte do coagido (LISZT).

#### LEGITIMA DEFESA

278. — Tão visceralmente ligada á pessoa se manifesta a defesa, isto é, a faculdade de repellir pela força o ataque no momento em que se produz, que CICERO, na sua oração *Pro Milone*, a reputa um *direito natural*, derivado da necessidade — *non scripta, sed nata lex*, proposição verdadeira, se considerarmos o substratum physiologico e psychologico da defesa, como reacção do instincto de conservação, que brota e se desenvolve independente de qualquer regulamentação. O facto biologico tão imperioso é que teve logo reconhecimento em todas as legislações, com mais ou menos amplitude, considerada a defesa como acção conforme ao direito, e não simplesmente como acção não punivel, caracter de legitimidade esse que mais nitido se torna com a evolução politico-juridica da humanidade.

No direito romano, se bem que o instituto da legitima defesa não se desenhe uniforme e inteiriço, entretanto numerosos textos o admittem expressamente, legitima se considerando a repulsa contra as aggressões á vida e á honra e mesmo contra os ladrões nocturnos ou diurnos que empregassem a violencia. Entre os germanos ella assume um caracter particular, derivado de um lado, do direito de

vingança exercido de uma maneira immediata e antecipada pela victima da aggressão, de outro lado, da *privação da paz* (*Friedlosigkeit*), imposta ao aggressor ou violador de domicilio, pela qual autorizado era qualquer a matá-lo, assim agindo em nome da communhão social.

Um aspecto novo recebe o instituto no direito canonico; em vez de direito, é considerado uma necessidade escusavel, *moderamen inculpatæ tutelæ*, submetida a algumas penitencias canonicas, e circumscripta a limites muito estreitos, notadamente á obrigação da fuga para a victima da aggressão; de outro lado, a defesa de outrem é autorisada e torna-se um dever mais que um direito.

Esta concepção da legitima defesa, tida como acção impunivel antes que acção não culpada, aggravada pelo espirito de fiscalisação das justicas senhoriaes e reaes, determinou o systema consagrado pela antiga legislação franceza, nas ordenanças de 1539 e 1670: aquelle que em legitima defesa matasse seu aggressor, não era absolvido pela lei, mas devia sel-o por graça soberana, impetrada pelo culpado de joelhos e cabeça descoberta, sendo encerrado em prisão até á concessão da graça.

O codigo penal de 1810 veio finalmente regular o instituto, considerado, então, de uma maneira muito estreita, como justificativa, e em caso de homicidio e de lesões corporaes (art. 328). Esta concepção passou para os codigos belga, sardo e outros, moldados sob a influencia do codigo francez.

Predominante se tornou, principalmente entre os classicos francezes e italianos, a doutrina que vê a razão juridica da legitima defesa na *cessação do direito de punir* pela sociedade.

Se o fundamento de facto do instituto está no temor resultante da ameaça do mal imminente, o juridico outro não pôde ser senão aquelle. A defesa publica, diz CARRARA, foi organisada para supprir a insufficiencia da defesa privada e para refrear seus excessos. Mas quando, ao contrario, pela impotencia momentanea da defesa publicã, a defesa privada é a unica sufficiente e não pôde produzir excesso, a defesa publica não tem mais nenhum fundamento e não pôde mais intervir, nem como força suppletiva, nem como força moderadora.

A defesa publica tem, pois, um caracter subsidiario.

Este postulado admittido, é preciso, pela força mesma da logica, deduzir dahi que quando a defesa privada pôde ser efficaz, emquanto que a defesa publica é, pelo contrario, inefficaz, aquella retomou seu direito e esta o perdeu. O proverbio vulgar — *necessidade não tem lei*, resume o concepto philosophico desta theoria bem melhor do que podem fazel-o tantas fórmulas estudadas pelos publicistas.

A *tutela juridica* não pôde sem contradicção exigir a punição de um facto para o qual a tutela juridica se mantém na unica fórma

que tornariam possível as circunstancias do caso (PESSINA, IMPALLOMENI, ORTOLAN, GARRAUD, HAUS, etc.).

279. — Ao passo que o direito francez chegava assim á estreita forma da legitima defesa, cujo fundamento juridico assentava na cessação do direito de punir pela sociedade, o direito dos povos germanicos e doutrina respectiva vinham a dar ao instituto uma amplitude muito maior, muito mais conducente á segurança individual. Se SCHWARZENBERG, elaborando a *Constituição da justiça criminal*, de Bamberg, de 1507 (*mater Carolina*), fixava com precisão a idéa da legitima defesa, resolvendo questões especiaes, como o desvio do golpe e outras, limitando, muito embora o instituto á protecção do corpo e da vida, dahi em diante vae a defesa successivamente se estendendo á aggressão de outros bens juridicos, e especialmente contra o patrimonio e a honra, até que pelo fim do seculo XVIII, passou a occupar logar na parte geral dos tratados e dos codigos.

Assegurando o triumpho dessa concepção, FEURBACH, faz a legitima defesa occupar a parte geral do codigo da Baviera, de 1813, arts. 125 a 133, servindo de exemplo a outros codigos, como o austriaco de 1852, hungaro, art. 79, allemão, de 1872, art. 53, holandez, art. 41, de Neuchatel, art. 39, da Noruega, art. 48, grego, art. 90, hespanhol, art. 8, ns. 4 a 6, italiano, art. 49, n. 2.

A doutrina dominante na Allemanha assenta o fundamento juridico da legitima defesa no elemento objectivo, na conformidade da acção com o direito, conformidade resultante de ser dirigida contra uma injusta aggressão, e, por isso, não offerecer o carácter anti-juridico proprio a todo crime (*Rechtswidrigkeit*).

E' applicação do principio *executio juris non habet injuriam* (LISZT, IHERING, etc.).

Reputando a legitima defesa não só um *direito*, como até um *dever*, dizia IHERING: “a luta é o trabalho eterno do direito; o grão de energia com o qual o sentimento juridico reage contra uma lesão do direito é uma medida certa da força com a qual um individuo, uma classe ou um povo comprehende, para si e para o fim especial de sua vida, a importancia do direito.”

Dahi o dever do legislador, segundo o mesmo jurista, de ampliar a esphera da legitima defesa e de facilitar o seu exercicio.

280. — O nosso codigo, de 1830, seguindo o exemplo do codigo da Baviera, tratou da legitima defesa na parte geral, admittindo-a como justificativa do crime, quer quando referente á *propria pessoa* ou aos *seus direitos*, quer quando referente á *familia do delinquenté*, quer finalmente quando referente á *pessoa de um terceiro*.

Nos dous primeiros casos, para que o crime fosse justificavel, deviam intervir conjunctamente os seguintes requisitos: 1.º, certeza

do mal que os delinquentes se propuzeram evitar: 2.º, falta absoluta de outro meio menos prejudicial; 3.º, não ter havido da parte delles ou de suas familias provocação ou delicto que occasionasse o conflicto.

Na defesa da pessoa de terceiro, deviam intervir conjuntamente a favor do delinquente os seguintes requisitos: 1.º, certeza do mal que se propoz evitar; 2.º, que este fosse maior ou pelo menos igual ao que se causou; 3.º, falta absoluta de outro meio menos prejudicial; 4.º, probabilidade da efficacia do que se empregou (art. 14, §§ 3.º e 4.º).

Como se vê, o codigo era mais rigoroso no delimitar a defesa de terceiro, naturalmente tendo em vista a diversidade de situação de quem defende a si proprio ou parentes proximos de quem defende um extranho, já pelo estado de animo, já pelos motivos da acção. O systema adoptado pelo codigo, delimitando as condições do exercicio da defesa, para que se reputasse legitima, foi seguido pelos codigos hēspanhol, art. 8, ns. 4, 5 e 6, portuguez, art. 46 e argentino, art. 81, ns. 8, 9 e 10.

Mantendo a orientação do nosso anterior codigo, o vigente trouxe-lhe modificações quanto aos requisitos e em equiparar a defesa propria á de terceiro.

Parece ainda diversificar o codigo vigente do anterior quanto á latitude dada á legitima defesa, quando a torna extensivel a *todos os direitos que podem ser lesados* (art. 32, ultima parte), mas veremos que semelhante latitude só se manifesta nessa disposição, sendo reduzida, pelo art. 34, a que já era reconhecida pelo nosso direito anterior.

281. — Estatuindo no art. 32 § 2.º que não são criminosos os que *praticarem o crime em defesa legitima propria, ou de outrem*, o codigo estabelece no art. 34 os requisitos, cujo concurso é necessario para tornar legitima a defesa, quer propria, quer de outrem.

Estes requisitos tornam patente que a situação de quem se defende é a de quem, em contingencia inilludivel, recorre á força para repellar de si ou de outrem, sem excesso, uma aggressão tambem violenta e injusta.

A legitima defesa suppõe, pois, uma aggressão violenta, porque é o direito de repellar a força pela força.

Sómente quando a aggressão se traduz por essa forma violenta, é que pôde collocar o aggredido na contingencia de valer-se da força para salvaguardar-se ou a terceiro.

Trata-se, pois, de uma situação especial, em que pela impossibilidade ou improficuidade da acção da autoridade publica, a quem cabe proteger os direitos individuaes, o aggredido fica investido dessa função, repellindo o aggressor injusto.

Caracterizando assim a situação da defesa propria ou de terceiro, o art. 34 estabelece as condições mediante as quaes pôde tornar-se legitima, e referentes quer á aggressão, quer á reacção ou repulsa.

Para que se verifique a justificativa, a aggressão deve ser *actual*, *inevitavel* e *injusta*, e a defesa ser *moderada*.

Vamos examinar cada um desses requisitos, que a lei enumera. bem como os que são por ella presupostos.

#### a) AGGRESSÃO ACTUAL

282. — A aggressão deve ser *actual*, isto é, já *começada* ou *imminente*. Considera-se *começada* a aggressão não só quando o aggressor exerce violencia contra alguém e emquanto a continúa, mas tambem quando avança, deixando bem patente o designio de atacar, como se faz pontaria com o revólver. Mas não é só a aggressão já *começada*, a *lesio inchoata*, que autorisa a defesa, como doutrinavam CARPSOVIUS e muitos criminalistas da idade media.

Já a Carolina, art. 140, estatuiu: “tambem não é obrigado a esperar o golpe para então resistir”, a quem a Bamberguense acrescentava: “como as pessoas não avisadas suppõem.”

A aggressão prestes a começar, ou a aggressão *imminente*, tambem fundamenta a reacção.

Temos o direito de empregar a força não só para repellir, mas tambem para prevenir uma aggressão injusta, de que somos ameaçados, e que nos parece inevitavel.

Se o perigo actual é que torna a defesa legitima, esta tornar-se-ia illusoria, se fossemos obrigados a esperar o ataque.

*Melius est occurrere in tempore, quam post exitum vindicare.*

Não se pôde exigir que seja *certa* a *imminencia* do perigo, para dar-se como satisfeita a condição de legitima defesa; seria impossivel a certeza, que só depois dos primeiros golpes se obteria.

Mas tambem não basta que o ataque nos *pareça imminente*; um temor não justificado pelas circumstancias, um temor chimerico não pôde legitimar o mal que venhamos a fazer áquelle que sem razão consideramos nosso aggressor.

E' verdade que a necessidade da defesa não pôde ser apreciada de uma maneira geral e abstracta, e só aquelle que se vê no perigo pôde medil-o, como unico juiz que é dessa necessidade; mas, se na posição em que se acha collocado, aprecia mal a sua situação, elle é responsavel pelas violencias que commette.

E' pois, todas as vezes que o ataque não fôr começado, não haverá direito de defesa senão quando aquelle que julga imminente a aggressão tem motivos fundados para assim o crer.

Estes motivos devem ser apreciados pelo juiz, que, para aquilatar com segurança de seu valor como causa da defesa, não pôde

deixar de tomar em consideração a idade, o sexo, as qualidades pessoais do acusado e do supposto aggressor, e geralmente todas as circunstancias que se ligam ao facto principal (HAUS).

Sómente recorrendo a esses dados subjectivos e objectivos poderá o juiz aquilatar do estado de animo do acusado, verificando se realmente fundado era o temor da aggressão.

Assim, a aggressão já começada, mas não terminada, e a aggressão imminente, prestes a actualisar-se, autorisa a repulsa legitima. Se a aggressão é *futura*, isto é, se ha temor de um perigo mais ou menos afastado, posto que certo, ninguem é autorizado a usar de meios violentos para removela, porque desde que a situação do ameaçado permite invocar o soccorro da autoridade ou de particulares, não pôde deixar de o fazer para preferir os meios violentos.

Medida de protecção contra offensas futuras, como estrepes, armas automaticas, armadilhas, etc., são licitas, uma vez que funcionem sómente no momento do ataque, e não excedam (o que ás mais das vezes succederá) os limites da defesa necessaria (LISZT).

Se a aggressão está finda, não tem logar a repulsa legitima, a reacção que fôr, então, offerecida não passando do exercicio de vingança. A aggressão se reputa finda logo que, segundo as prescripções da lei penal, dá-se a consummação do crime (LISZT). E' regra que offerece um criterio seguro para firmar o limite da legitima defesã, em consonancia com o nosso direito penal.

#### b) AGRESSÃO INEVITAVEL

283. — A aggressão deve ser *inevitavel*. Se o individuo podia evitar o mal a que se viu exposto, sem lesar os interesses juridicos do aggressor, não pôde invocar a justificativa da defesa se proceder de outra forma, por isso que não estaria na situação, presupposta por essa justificativa, isto é, na contingencia de usar da força para repellir a força.

Esta condição é expressa pelo art. 34, n.º 2, quando diz: *impossibilidade de prevenir ou obstar a acção, ou de invocar e receber soccorro da autoridade publica*. Assim, pôde ser evitada a acção: pela *previsão*, pelo uso ulterior de *precauções* e pelo emprego de *expedientes concomitantes*.

E' necessario que o perigo seja *imprevisto*.

Se podia ser previsto, ha culpa em affrontal-o, em expor-se ao risco de perder a vida ou de tiral-a a outrem.

A necessidade em que nos achamos, diz CARRARA, não teve outra causa senão nós proprios, que a escolhemos na plenitude de nosso livre arbitrio. Mas é preciso que a previsão seja *certa*, não bastando uma previsão vaga, uma mera desconfiança, como a do viajante que, prevendo um ataque de salteadores, mune-se de armas para repellil-os.

Assim, diz o *Commentario official* do código da Baviera, aquelle que se dirigiu a um logar determinado, sabendo que ia encontrar ahi o seu adversario, e com aviso de que ia ser objecto do ataque, não póde invocar o principio da legitima defesa para justificar um duello dissimulado.

A previsão e o annuncio do perigo davam logar a ser pedido soccorro á autoridade, no sentido de ser evitado o ataque.”

Se não podendo ser prevista a acção, o individuo, a que ella se dirigia, podia, entretanto, obstal-a, por meios inoffensivos, como desarmando o aggressor, invocando a intervenção de terceiros, gritando por soccorro, etc., não póde valer-se da justificativa da defesa se não usa de taes meios.

Mas, para isso, diz CARRARA, necessario se torna que taes meios sejam *realmente uteis*, isto é, efficazes para livrar do perigo, e que a pessoa atacada *pudesse calcular* essa utilidade.

Dahi porque o nosso código, especificando um dos meios obstativos da aggressão, diz invocar e *receber soccorro* da autoridade publica. Como meio obstativo se aponta ainda a fuga; mas a possibilidade desta sómente prejudicará a existencia da inevitabilidade da aggressão, quando puder se realizar, a um tempo, *sem perigo e sem deshonra*.

Se assim fôr, o agredido deverá fugir. Será preferivel a fuga á reacção ou repulsa.

### c) AGRESSÃO INJUSTA

284. — A aggressão deve ser *injusta*. A injustiça da aggressão está em ser praticada contrariamente ao direito, e sómente em tal caso póde motivar a repulsa legitima.

Algumas vezes os actos de violencia são resultantes do exercicio legal de uma função publica ou autorizada pela lei, como a prisão em flagrante delicto, ou em virtude de mandado de autoridade competente e nos casos determinados em lei.

O criminoso que se oppuzesse não poderia invocar a justificativa da defesa propria, e antes commetteria crime (art. 124).

Egualmente não é admissivel legitima defesa contra legitima defesa, ou em outros termos, aquelle que, por uma aggressão injusta, collocou seu adversario na necessidade actual de se defender, não tem o direito de repellir a força pela força; tampouco é admissivel a legitima defesa contra acção não illegal praticada em caso de necessidade. A repulsa é, porém, licita, desde que um excesso converte em illegitimo o ataque em si legitimo, e consequentemente é tambem licita, dado um excesso da legitima defesa (LISZT, TUOZZI, LE SELLYER, NICOLLINI, etc.).

Assim, a injustiça deve ser considerada *objectivamente*, sem referil-a á pessoa que pratica o acto injusto; por outra, não se

requer também a injustiça *subjectiva*, bastante sendo a injustiça objectiva, o que não implica que seja necessariamente *punível*, o que é coisa diversa. Por isso diz BINDING, que o *injusto* exprime “a direcção do ataque, mas não a sua qualidade delictuosa.”

Dahi porque a aggressão que procede de um louco, de um ebrio, de um infante ou de um irresponsavel, também provoca a legitima defesa, pois comquanto tal aggressão não seja delictuosa, todavia não é licita, isto é, attenta contra interesses que o direito protege (illegalidade objectiva).

O requisito da injustiça requer que o ataque provenha de um ser humano, ao passo que o ataque de um animal justificaria o facto delictuoso commettido com o fim de salvar-se, não a titulo de legitima defesa, mas por força da necessidade (FLORIAN, TUOZZI, LISZT, que considera esta ultima hypothese como caso também de legitima defesa, etc.).

O nosso codigo exige a injustiça da aggressão, muito embora em forma imprecisa, dizendo: “*ausencia de provocação que occasionasse a aggressão.*” O seu autor explica, porém, que o projecto, que elaborou, dizia: “*agressão illicita actual, reiterando um conceito triumphante no direito escripto moderno, concordantes os codigos em declarar impunivel a repulsa do ataque quando este é illegal (cods. da Hollanda, art. 41 e de Portugal, art. 46), quando é injusto (cods. da Hungria, art. 79, da Italia, art. 49 e da Allemanha, art 53), quando é illegitimo (cods. da Argentina, art. 81 e do Uruguay, art. 17).*”

E’ a injustiça ou illegalidade da aggressão, que justifica a repulsa. A defesa suppõe uma violencia, ou uma força injusta contra o autor do facto ou contra terceiro. A reacção não é legitima se é motivada por provocação ou offensa da parte daquelle que se defende. Assim, o criminoso perseguido pela força publica, que o quer prender, não pôde allegar o estado de defesa; esta não é legitima quando o acto que a determinou, se bem possa ser escusavel, constitue por si mesmo uma infracção. Não obstante supprimiu-se a clausula — *illicita* — sendo o primeiro requisito — *agressão illicita actual* — substituido por este outro — *agressão actual* (art. 34, n. 1). Entendeu a commissão revisora do projecto fazer da condição da injustiça da aggressão, objecto de requisito distincto (art. 34, n. 4).

Embora esta disposição não explique a natureza da provocação, é assente em direito que não é toda provocação que pôde tirar o caracter de injustiça da aggressão, mas é necessario que seja relevante, ou sufficiente para determinar a repulsa material.

“E’ preciso, diz RIVAROLA, commentando o art. 81, n. 8 do codigo argentino, que segundo a ordem em que commum e ordinariamente se produzem estes factos, a provocação deva ordinariamente determinar uma aggressão. Tratando-se de provocação sem

importancia, segundo as circumstancias de pessoa, de lugar e de tempo, não se julgaria que pudesse justificar a aggressão e neste caso a defesa estaria justificada.”

285. — Cabe indagar que bens juridicos póde attingir a acção aggressiva, de sorte a autorisar a repulsa legitima. Se tivermos em vista a disposição da ultima parte do art. 32, parece que o nosso codigo seguiu a orientação dos codigos bavaro, allemão, norueguense e outros que tornam a legitima defesa extensiva ao corpo, vida, honra e bens patrimoniaes, dest’arte abandonando a directriz do codigo francez, que a restringe á pessoa e só por excepção a admite em relação á propriedade, desde que o ataque a esta importe tambem em ataque á pessoa.

Naquella disposição, diz o nosso codigo: “A legitima defesa não é limitada unicamente á protecção da vida; ella comprehende todos os direitos que podem ser lesados.”

Esta disposição foi tirada do *Commentario official* do codigo da Baviera, que diz: “A defesa legitima não é limitada de modo algum á protecção da vida; ella comprehende todos os direitos que podem ser lesados, sem que seja possivel o poder judiciario intervir.

Os ataques contra a *vida*, a *saúde*, a *liberdade*, o  *pudor*, a *propriedade* movel ou immovel, autorisam o emprego da legitima defesa; póde se ferir com um tiro o ladrão que foge, levando a coisa furtada, póde-se mesmo matal-o, se não houver outro meio de impedir a perda da coisa.

Sómente é preciso que haja *necessidade absoluta* de recorrer aos meios de defesa, sem o que haveria *excesso* de defesa.”

Mas a amplitude que parece ter a legitima defesa em face do dispositivo apreciado e da fonte em que se inspirou, cessa diante dos requisitos do art. 34, pelos quaes se vê que sómente os direitos ssuceptiveis de uma aggressão material podem ser objecto de legitima defesa.

Assim interpreta o texto legal, e a proposito de defesa da honra, o Supremo Tribunal Federal, por accordam de 6 de fevereiro de 1895 (vid. n. 289, I).

Nesta conformidade, só podendo constituir objecto da legitima defesa os bens juridicos susceptiveis de aggressão material, e cuja reparabilidade não possa ser conseguida pela acção do poder judiciario, elles se limitam aos seguintes.

Em primeiro lugar temos a *vida*, e a *integridade corporea*, quando objecto de uma lesão grave. como mutilação, amputação, deformidade, etc.

Para que a defesa seja legitima basta que a pessoa atacada rasoavelmente acredite que sua existencia ou integridade corporea

estão sériamente ameaçadas, questão que o exame das circumstancias occorrentes virá elucidar devidamente.

Quanto á honra, é necessario distinguir.

Tomando-se o termo na accepção de *valor pessoal que se adquire pela conducta*, bem como o *interesse do individuo a ser considerado segundo a sua conducta*, não póde constituir objecto de legitima defesa, segundo o systema adoptado pelo codigo, por isso que a offensa de que possa ser alvo, a desconsideração por palavras ou signaes (injuria sensu lato), póde ser reparada pela acção dos tribunaes.

Mesmo contra a injuria, na forma real da bofetada, não poderia haver repulsa legitima, porque o individuo agiria para vingar-se de um insulto e punir aquelle que o ultrajou (CHAUVEAU e HELIÉ, GARRAUD).

Temos neste caso a lei em collisão com a intuição popular; que só vê rehabilitado o individuo, que offendido por essa forma, lança mão dos meios materiaes extremos para desaffrontar-se (vid. 2.º vol. n. 432).

Tomada a honra no ponto de vista das relações sexuaes, como pudicia, não ha duvida que legitima repulsa será a da mulher que matar ou ferir quem attentar contra seu pudor, ou tentar defloral-a ou estupral-a (arts. 266, 267 e 268 do codigo penal).

Trata-se de repellir um ataque que visa arrebatat á pessoa atacada um bem que lhe deve ser tão precioso como a vida, e á cuja perda a morte é preferivel, de impedir um ultrage cuja reparação não póde ser pedida á justiça, de impedir uma macula que tizará a victima por toda a vida. Neste sentido doutrinava MELLO FREIRE.

Quanto á *propriedade*, se tivermos em vista o quanto é vivaz e imperioso o seu sentimento, especialmente, naquellés que do uso e exploração da coisa tiram os meios de subsistencia e industria; se tivermos em vista que a coisa nada mais representa do que a projecção da individualidade de seu dono, e, por isso, além do valor economico, que é assaz relativo e de difficil avaliação, tem valor moral incommensuravel para o dono, representando, em consequencia, sua perda ou destruição prejuizo irreparavel, não vemos por que não possa constituir objecto de defesa legitima, por mais acanhado e antiquado que seja o systema adoptado pelo codigo, uma vez que excedidos não sejam os limites do *moderamen inculpatæ tutelæ*.

Mesmo aquelles que sustentam o contrario, excepções abrem, quando se tratar de coisas cuja perda seja de evidente irreparabilidade, como quando o ladrão carrega o dinheiro, rasga os titulos de credito, lança fogo á colheita, e falta outro meio efficaz de repellir o ataque (ORTOLON, GARRAUD, etc.).

Se não considerarmos a propriedade como susceptível de defesa legítima, fóra destes casos restrictos, chegaríamos á uma antinomia manifesta entre a lei civil e a lei penal, e ao absurdo de não proporcionar esta a protecção adequada e opportuna para que foi instituída.

Effectivamente, nosso direito civil, quer oriundo das leis romanas e legislação portugueza, quer do vigente código civil, art. 502 permite ao “possuidor turbado ou esbulhado manter-se ou restituir-se por sua propria força, comtanto que o faça logo e que os actos de *defesa* ou de *esforço* não vão além do indispensavel á manutenção ou restituição da posse.”

O código penal não póde ser interpretado por outra forma, cumprindo accentuar que a lei civil admite além da defesa o desforço, formas de protecção que não se devem confundir.

A defesa consiste na repulsa da violencia, das vias de facto que são dirigidas contra a coisa, de sorte a que seu possuidor ou mero detentor a conserve sob seu poder, ao passo que o desforço, direito que deriva da posse, é mais extenso, não se limitando á simples repulsa da violencia, emquanto esta se reproduz, mas vae além, permittido sendo ao possuidor reŕtomar a coisa por sua propria força e autoridade, comtanto que o faça em acto seguido.

Assim, admissivel a defesa da propriedade, ella se torna legitima emquanto não se consummar a violencia ou aggressão e observados forem os requisitos do art. 34 do código penal.

#### 286. — d) DEFESA MODERADA.

A defesa deve ser *moderada*, isto é, que não deve exceder os limites da repulsa absolutamente necessaria.

Assim, só pelo exame do facto e suas circumstancias é que se póde verificar se a defesa foi *necessaria*, ou se ao aggressor foi feito o mal reclamado pela conservação do aggreddido, se houve relativa proporcionalidade entre a aggressão e a repulsa.

Em formula muito adequada, o código hespanhol, art. 8, n. 4, reproduzida no argentino, diz: *Necessidade racional do meio empregado para impedir ou repellir a aggressão.*

O nosso código usa de formula que, seguida literalmente, importa na maioria dos casos em tornar inexequível o instituto da legitima defesa. Exige que o agente empregue *meios adequados para evitar o mal e em proporção da aggressão.*

Duas condições são, pois, necessarias para legitimar a defesa: a) *emprego de meio adequado para evitar o mal*, isto é, apropriado, accomodado ao fim a que se propõe, do contrario seria inutil, e, portanto, injustificavel. Fallando em *meio adequado*, o legislador não se referé á arma a empregar na repulsa, mas ao mal que o aggreddido póde fazer contra seu aggressor (WHITAKER; b) é preciso que o *meio seja proporcionado ad ataque.*

Seria tornar inexequível a defesa se a *proporção* fosse tomada em rigor mathematico. Na verdade, no estado emocional de quem se defende de inopinada e injusta aggressão, estado que pôde ir do medo ao terror, ou da colera ao furor, conforme a constituição mais ou menos normal do aggreddido, do seu temperamento, educação, hábitos de vida, e conforme a temibilidade do aggressor e violencia da aggressão, certo que não poderá ter sempre a reflexão precisa para dispôr sua defesa em equipollencia completa com o ataque.

Mesmo que a aggressão não seja inopinada, e precedida de altercação, de insultos, nem sempre o aggreddido pôde calculadamente defender-se, de modo a proporcionar exactamente a repulsa á aggressão. Como observa o *Commentario official* do codigo da Baviera, um homem fraco ou timido, vê o perigo maior do que é; um outro imagina que o primeiro ataque não é senão o preludio de uma emboscada mais perigosa.

Como uma lei equitativa lhes pôde exprobar ter excedido os limites da defesa por medo ou irreflexão?

O aggressor não é a causa directa dessa irreflexão e desse medo, que elle occasionou por seu ataque illegitimo?

Neste caso não pôde ter logar a applicação de pena alguma.

Como ainda nota ORTOLAN, tudo não pôde ser mathematicamente calculado segundo as regras abstractas da legitima defesa, pois na situação crítica em que se acha aquelle que é aggreddido e impetuosamente se defende, seria impossivel apreciar calmamente e com exactidão, os limites que a lei assignala para a legitimidade da repulsa; os factos devem ser tomados taes como se apresentam communmente, e não exigir penalmente do homem mais do que está em sua natureza geral de fazer.

Humanamente outra interpretação não pôde ser dada á lei, e como diz GARRAUD, para se aquilatar devidamente da posição de quem invoca a justificativa da defesa, é nos collocarmos sob o ponto de vista da pessoa atacada; não ha regra abstracta e geral que tanto esclareça.

Assim, a proporção que a lei exige para a legitimidade da defesa, deve ser encarada de modo relativo, em cada caso concreto, em face das circumstancias occorrentes.

O aggreddido pôde praticar todo mal que fôr indispensavel para fazer cessar a aggressão, só desapparecendo a proporção quando pratica mal maior do que era necessario.

287. — A legitima defesa é admissivel tambem em relação a direitos alheios. E' principio assente em doutrina e formalmente reconhecido por diversos codigos, e como bem diz FLORIAN, um principio santissimo, pelo qual é consagrada a jurisdicididade da coopeção dos cidadãos para a mutua assistencia juridica e para a actuação do direito.

Vedar tal cooperação, diz CARRARA, importaria, não em defender os direitos do homem, mas suas injustiças; em servir, não a causa da ordem, mas a da desordem.

Certamente é bello o movimento do coração humano, escreve BENTHAM, essa indignação que se desperta ao ver o forte maltratando o fraco. E' bello o movimento que nos faz esquecer o nosso perigo pessoal e correr aos primeiros gritos da desgraça.

A lei não deve enfraquecer essa generosa alliança entre a coragem e a humanidade. Honra antes, recompensa mesmo, o que funciona como magistrado em favor do opprimido; convém á salvação commum que todo o homem de bem se considere protector natural de seu semelhante.”

O nosso código anterior, consagrando essa cooperação, não a equiparava á defesa propria, por isso que exigia que o mal que se propoz evitar, fosse maior ou, pelo menos, igual ao que se causou, e probabilidade da efficacia do que se empregou (art. 14 § 4.º), requisitos não exigidos na defesa propria. Censurando a orientação assim tomada, o autor do código vigente, assim se externa: “Nenhuma razão ha para collocar em uma posição mais favorecida aquelle que, em momento em que a força social está ausente, ou é impotente para conjurar o mal imminente, obedecendo á lei suprema da conservação, repelle de si um ataque ou um perigo grave, do que aquelle que, por um bello movimento de coração, alliando generosamente a coragem com a humanidade, no dizer de BENTHAM, acode pressuroso em defesa de seu semelhante, prestes a succumbir em uma luta desigual. Sem duvida que a lei deve tomar precauções salutaes para evitar que a defesa degenerem em um acto de vindicta privada, pois é só legitima quando *ad propulsandam injudiam* e não *ad summendam vindictam*. Se a reacção não é revestida do caracter de necessidade defensiva ha violencia contra violencia; impera, então, o direito de guerra privada.

Mas, sem faltar aos principios, a lei não pôde deixar de estabelecer de modo absoluto e igual as condições de justa defesa propria, ou de terceiro, que podem legitimar um acto violador do direito alheio e materialmente contrario á lei.

Assim o comprehendí”. Mas procurando corrigir, equiparando a defesa propria á de terceiro, o autor do código vigente incide em censura, por isso que, com a formula adoptada, torna inexequivel a defesa de terceiro em grande numero de casos.

Effectivamente, desde que o legislador exige, no n. 4 do art. 34 — *ausencia de provocação* — quer se trate de defesa *propria*, quer de *outrem*, devemos entender a disposição do n. 4 citado do modo seguinte: *ausencia de provocação do aggreddido*, — e não do defensor; ora, como esse requisito nem sempre é do conhecimento deste, certo que na sua ignorancia, não é qualquer que se abalançará a intervir, muito embora solicitado pelo generoso pendor de soccorrer quem

é alvo de uma agressão violenta, receioso de não militar em favor do aggreddido o requisito notado, e, assim, incorrer em pena.

O código hespanhol, art. 8, n. 6, tratando de defesa de terceiro, não faz tal exigencia, e sim, attendendo á situação diversa do terceiro defensor, que este *não seju impulsionado por vingança, ressentimento ou outro motivo illegitimo.*

288. — Não concorrendo os requisitos do art. 34, a acção deixa de ser legitima, e, torna-se, em consequencia, passivel de pena.

Cumpre ter em vista uma distincção, notada por CARMIGNANI, e aceita geralmente em doutrina e em diversos codigos, e é entre o caso em que o excesso provem do *dolo* (excesso de defesa, em sentido estricto), e o caso em que ha *excesso de legitima defesa* (ou como outros dizem: *irregularidade de legitima defesa*), que constitue culpa, e que se pôde deixar impune em determinados casos. No primeiro caso, por isso que o agente conscientemente não se contêve nos limites devidos, a acção torna-se illegitima, occorrendo porém, em favor do agente pela occorrenca de outros requisitos a attenuante do § 3.º do art. 42.

O código italiano faz do excesso de defesa um caso especial, passivel de pena reduzida (art. 50).

No segundo caso, diz CARRARA, se o agente enganando-se sobre a gravidade ou sobre a inevitabilidade do perigo, matou ou feriu, não tem a vontade, a consciencia de commetter um delicto. Pôde-se arguir ao agente um erro de cálculo, ou precipitação, isto é, o que constitue uma falta ou culpa, mas se observarmos que o aspecto de um perigo imminente não deixa a faculdade de raciocinar senão á homens de uma presença de espirito extraordinario, comprehende-se que esta precipitação e erro de juizo que dahí resulta, é um effeito inevitavel da natureza humana, effeito de que mui poucas pessoas seriam isentas nas circumstancias analogas, isto é, em um caso de uma perturbação causada pelo medo.”

Como se vê, a culpa que poderia occorrer em tal hypothese seria uma culpa levissima, que não traria responsabilidade, não eliminando, pois, a justificativa. Tudo depende, pois, do exame do facto concreto, como acertadamente dispunha o código da Baviera, art. 130, que isentava de pena a acção, quando os limites da legitima defesa fossem excedidos, desde que resultasse, pelo exame das circumstancias de *logar*, de *tempo*, de *defesa*, do *genero do ataque*, etc. que o individuo aggreddido agiu impellido por impulso de instantanea perturbação, causada por medo irresistivel.”

No mesmo sentido, isentando de pena, estatuem os codigos allemão, art. 53, ad. 3.º, (*perturbação, medo ou terror*), o austriaco, § 42, letra *g*, o hungaro, § 79, o hollandez, art. 41 (vehemente commoção de animo), o de Neuchatel, art. 73 (temor ou emoção causada pelo ataque), o japonéz §§ 36 e 37, o norueguense, § 48,

(perturbação de espirito ou do terror que a aggressão causa) e o projecto suiso, § 24, que declara poder o juiz diminuir livremente a pena em caso de excesso, podendo o autor ser isento de pena se agiu em um estado de excitação ou de perturbação.

Embora o nosso codigo não contenha disposição expressa sobre o excesso de legitima defesa, ou irregularidade de defesa, nada impede que, verificado que o estado emocional do agente não lhe permittia apreciar devidamente o facto e conter-se nos limites razoaveis, lhe seja ainda reconhecida a justificativa, porque se trata da applicação da norma fundamental de direito, que só admite imputabilidade na occorrença de dolo ou de culpa, leve pelo menos.

### 289. — Jurisprudencia brasileira.

I. — A legitima defesa é a repulsa da força pela força, quando o attentado expõe a pessoa contra quem é dirigido a soffrer um mal irreparavel, se aguardasse a acção da autoridade publica. O adulterio não colloca o marido offendido em estado de legitima defesa, pois que a morte dada por esse motivo não é a repulsa de uma aggressão nem meio adequado a reparar o mal. Tal é a doutrina consagrada tanto pelo antigo Codigo Criminal como pelo vigente Codigo Penal, porquanto, admittindo ambos a circumstancia da justificativa da defesa da propria pessoa ou de seus direitos, exigiram como requisitos a aggressão actual ou imminente e o emprego de meios adequados para evitar o mal e em proporção da aggressão (art. 14, §§ 2.º e 3.º do primeiro, e art. 34 do segundo); por onde se vê que sómente podem ser objecto da legitima defesa os direitos susceptiveis de lesão por meio de aggressão *ex vi et armis* (Accordam do Supremo Tribunal Federal, de 6 de fevereiro de 1895).

II. — Ha manifesta contradicção nas respostas aos quesitos, quando o jury negando que o réo *houvesse commettido o crime para evitar mal maior*, reconhece que o réo se propoz evitar mal de que não tinha certeza, que não havia falta absoluta de meio menos prejudicial, nem probabilidade de efficacia do meio empregado para evitar aquelle mal (Accordam do Supremo Tribunal Federal, de 8 de julho de 1899).

III. — Não cogita o legislador de uma proporcionalidade absoluta entre a aggressão e a defesa; a exigencia de tal requisito annullaria a justificativa, pois tornar-se-ia impossivel a um individuo aggreddido com o animo perturbado pelo calor do embate, a exacta observação dos meios de ataque, para ajuizar de legitimidade dos meios da repulsa ao seu alcance. (Sentença do Juiz da 4.ª Vara Criminal, confirmada por accordam da 1.ª Camara da Côte de Appellação, de 1.º de agosto de 1910).

IV. — E' illegal a perseguição e prisão de um individuo sem ser em flagrante delicto ou em virtude de mandado judicial. Torna-se arbitraria e illegal a acção do detentor nesse caso, perdendo o direito á protecção que a nossa lei lhe conferia no art. 124 do Codigo Penal. Assim, tal individuo pôde resistir á arbitrariedade, agindo em legitima defesa, desde que não sejam excedidos os meios indispensaveis para impedir-lhe a execução (*Sentença do Juiz da 1.ª Vara Criminal, confirmada por accordam de 13 de julho de 1911, da 1.ª Camara da Côte de Appellação*).

V. — A defesa só é legitima quando se contrapõe a um ataque *actual e injusto*, isto é, não provocado pelo que allega a justificativa, quando o aggreddido não pôde invocar o soccorro da autoridade publica, cujos direitos exercita no momento em sua substituição; quando não teve tempo de prevenir ou obstar a acção; e desde que utilizou sómente os recursos impescindiveis racionalmente para a salvaguarda da sua vida e de seus direitos periclitantes.

Fóra de taes condições a reacção é um acto de vingança, ou injustificavel excesso.

Entende a Veneranda Côte de Appellação que, todavia, só cumpre ao juiz reconhecer a justificativa quando plenamente provada em todos os seus requisitos, e surja extreme de duvidas no processo. Subsistindo duvidas, compareça o réo a juizo plenario onde com maior amplitude se analysarão as provas (*Sentença do Juiz da 4.ª Vara Criminal, confirmada por accordam de 18 de setembro de 1911 da 1.ª Camara da Côte de Appellação*).

VI. — O Codigo Penal, no art. 32 § 2.º, declara que a legitima defesa não é limitada unicamente á protecção da vida, mas comprehendendo, todos os direitos que podem ser lesados. A honra, conforme o conceito que do seu conteúdo nos dá VON LISZT, (*Tratado, trad. JOSÉ HYGINO, vol. II, pag. 71*) e COGLIOLO (*Tratatto, v. III, pag. 88*) é um desses direitos, tanto assim que o Codigo epigrapha "*dos crimes contra a honra e a boa fama*", o titulo XI, do Livro II.

MELLO FREIRE quiz circumscrever o conceito de honra ao de pudicicia, de modo a só justificar a defesa como legitima quando esta estava a pique de perder-se.

Máo grado o christianismo, o mundo ainda se deixava dirigir, em muitas de suas relações, por conceitos pagãos.

Dahi esta materialisação crua do conceito de honra, incompativel com o estado actual da sociedade e sem base no nosso Codigo que, noutro titulo do mesmo livro II — o titulo VIII, especialmente dispôz sobre as offensas á pudicicia, distinguindo assim os dois conceitos de honra, ou melhor, distinguindo entre genero e especie. Esta distincção tambem é feita pelos tratadistas que não confundem pudor e honra. Do direito á vida, á saude physica e á liberdade,

o conceito dos direitos essenciaes á pessoa se estendeu em seguida ao direito de conservação do *pudor* e o direito á *honra* (COGLIOLO, op. cit. v. 3). As expressões usadas pelo offendido, vulneravam profundamente a honra do appellante, e constituíam a *violencia injusta e actual* do Codigo. Menos dolorosa seria talvez a palavra *ladrão* e COGLIOLO justifica a defesa por vias de facto do que foi com ella agredido (*Tratatto*, v. 3, pag. 88). A medida da repulsa ou “a defesa necessaria” é dada pela violencia da aggressão, escreve VON LISZT. Todas as testemunhas affirmam as injurias atrozes vociferadas em publico, num ajuntamento numeroso de populares, pelo offendido contra o appellante, e que ellas não eram mais que as precursoras da aggressão physica unicamente, si o appellante não reagisse. Impossivel era a este prevenir ou obstar a acção do seu aggressor, nem o auxilio possivel da autoridade chegaria a tempo de tapar a bocca ao aggressor.

Não houve excesso de defesa, a offensa physica é leve e as testemunhas são concordes em reconhecer que nada impedia o appellante levar a sua repulsa mais longe, nem sombras de provocação da parte do appellante, e assim todos os requisitos do art. 34 do Codigo Penal estão verificados.

Dizer que aqui não cabe esta justificativa, mas a attenuanté do art. 42 § 2.º é reconhecer que a defesa da honra, conceito social e subjectivo — jámais póde ser objecto de defesa legitima, e demais será desconhecer que essa attenuante se distingue ainda, por não ser incompativel com a ausencia de uma aggressão actual, causa que a defesa legitima não comporta (*Accordam da 3.ª Camara da Côte de Appellação*, de 31 de julho de 1912).

Esta decisão contrapõe-se ao disposto no art. 34 do codigo penal, que presuppõe uma aggressão violenta, *ex vi et armis*, e, pois, um bem material a que se dirigia, e nesta categoria não está a honra, na accepção da reputação, bem immaterial, isto mesmo reconhecendo o codigo, quando della faz uma categoria distincta da pudicicia, ou honra nas relações sexuaes. Vid. o primeiro accordam deste numero, e o que expendemos em o n. 285.

VII. — Agindo em legitima defesa, em exercicio, pois, de um acto licito, não é criminalmente responsavel o agente pela morte causada a terceiro na pratica daquelle acto (*Sentença do juiz da 6.ª Vara Criminal, confirmada por accordam de 25 de março de 1914, da 3.ª Camara da Côte de Appellação*).

VIII. — A legitima defesa sómente póde ser reconhecida quando extreme de qualquer duvida e se ache comprovada em todos os seus requisitos. Não se justifica ter o accusado procurado uma superioridade em arma quando em forças ella já era patente (*Dec. de pronuncia conf. 3.ª Cam. da Côte de App. acc. de 16 de maio de 1915*).

IX. — Na apreciação da justificativa da defesa propria ou de outrem; é de ter em muita consideração a indole de quem a invoca, traduzida por sua conducta anterior e no momento do facto, porquanto, não é de presumir mui facilmente a existencia da justificativa em quem se tem revelado um revoltado contra as normas moraes e legaes, e ao contrario, presumpção da sua realidade é a conducta conforme a essas mesmas normas. Essa presumpção já se vae formando em face da conducta anterior do réo quando nada consta em seu desabono, sem antecedentes judiciarios, entregue a trabalho honesto como operario; no momento do crime agindo sob os impulsos dos sentimentos filiaes e não por estimulo de perversidade. Tratando-se da legitima defesa de terceiro, é de notar mais as relações entre o aggreddido e quem se apresenta como seu defensor, se occorre o vinculo de parentesco ou não. Como observa JULIO FIORETTI, em sua conhecida monographia *Sul la legitima difesa*: “Não sómente para punir o excesso, mas tambem para reconhecer o direito de defesa exercido dentro dos chamados limites do *moderamen*, sendo preciso ter em vista as relações de parentesco existentes entre o aggreddido e aquelle que corre em seu soccorro. E’ preciso não se illudir sobre a frequencia deste generoso instincto, que impelle um homem em soccorro de seu semelhante. Justamente porque este é um sentimento nobilissimo e proprio das naturezas superiores, é preciso ter cautela em reconhecer as suas manifestações. A relação de parentesco de ordinario leva a soccorrer o parente que está em perigo; e, portanto, a affeição que existe entre os dois dá direito a erguer a presumpção de que o soccorro foi prestado realmente com a idéa de praticar um acto de abnegação antes que com o fim occulto de satisfazer uma tendenciã criminosa. Mas onde estes laços de parentesco não existem, surge, ao contrario, mais forte a presumpção de que o acto foi praticado por instinctos não perfeitamente altruisticos e sociaes (*Sente. conf. pela 3.ª Cam. da Côte de App., acc. de 29 de nov. de 1919*).

X. — Age em legitima defesa a mulhêr que, perseguida pelo seu conquistador, e no impossibilidade obter soccorro, defende-se com a faca que trazia na mão, produzindo ferimento que leva o offendido ao hospital. Manifesta-se ahi, claramente, a legitima defesa, com todos os seus requisitos legaes — art. 34 do Cod. Penal: “A mulhêr, diz GARRAUD, tem o direito de prevenir por todos os meios o ultraje de que está ameaçada e de empregar para este effeito a violencia, pois que póde tudo receiar daquelle que se lança sobre ella para um attentado deste genero (ao pudor). Este perigo basta para legitimar a morte ou os golpes e ferimentos (*Sent. conf. pela 3.ª Cam. da Côte de App., Acc. de 17 de janeiro de 1920*).

XI. — Invoca-se em favor do accusado a justificativa do artigo 32 § 2.º do Cod. Pen., isto é, ter elle praticado o crime em legitima defesa propria. Não pôde, porém, ser reconhecida em seu favor essa justificativa, porque dos autos se mostra que lhe falta um dos requisitos que o Cod. Penal especifica no art. 34, para que possa ter o crime por justificado. O proprio accusado refere que após discussão com a victima, foi por esta desafiado para brigar, não a attendendo ; “muito instado, porém pela victima para que a se-guisse para um lugar escuro que tem na mesma rua Alpha, armou-se de um pedaço de pau e com elle na mão e uma faca na cintura foi onde estava a victima”; essas declarações do accusado são confirmadas pela terceira testemunha. Entre os requisitos que, no artigo 34 do Cod. Penal o legislador enumera para que o crime se considere justificado está este : “III — Impossibilidade de prevenir ou obstar a acção, ou de invocar e receber soccorro da autoridade publica” ; estabelece, pois, o legislador a condição de ser a aggressão, não apenas “actual” (n. I) e “injusta n. IV), mas igualmente” “inevitavel” (n. III).

Assim, aquelle que se dirigia a um lugar determinado, lê-se no *Commentario Official do Codigo da Baviera*, como se fôra escripto para a hypothese dos autos — sabendo que ia encontrar ahi o seu adversario, e com aviso de que ia ser objecto do ataque, não pôde invocar o principio de legitima defesa para justificar um duello dissimulado. O accusado não teve, pois, impossibilidade de prevenir a acção, isto é, a aggressão ; muito ao contrario — prevendo-a e podendo evital-a, quiz no emtanto, affrontal-a, sem necessidade, collocando-se voluntariamente na situação, que , allega de, ou perder a vida ou tiral-a, como tirou á victima. Tendo a justificativa da legitima defesa como fundamento racional e juridico a impossibilidade, pela imminencia do perigo, de invocar a justiça social para proteger o direito ameaçado, quem, como o accusado, podendo evitar o mal sem commetter crime, não o faz, sobrepõe-se á lei e, consequentemente, deve responder criminalmente pelo seu acto. Foi julgada procedente a denuncia e pronunciado o accusado incurso na sancção do art. 249 § 2.º do-Cod. Pen. (*Set. do Juiz da 6.ª Vara Criminal conf. pela 4.ª Cam. da Côte de App., acc. de 26 de junho de 1926*).

XII. — A defesa propria é um acto instinctivo, reflexo ; para que o seu exercicio, constitúa, porém, um direito, tem de se subordinar, como o exercicio de todo o direito, a condições ou requisitos. E' o que preceitúa o Cod. Pen. considerando legitima tão sómente a defesa em que se verificam os requisitos que enumera o art. 34 ; cumpre, pois, indagar se co-existem esses requisitos toda vez que invoque o agente ter agido em legitima defesa. A lei não permite ao julgador a dispensa de nenhum ; muito ao revez, exige, expressamente que intervenham *coniunctamente* em favor do delinquente.

Na sua apreciação, porém, póde e deve mesmo o juiz fugir a um rigorismo que tornaria impossível o reconhecimento da justificativa; ella deve ser feita “não sob o ponto de vista *objectivo* de aggressão e defesa, senão sob o ponto de vista *subjectivo* do aggreddido.

(ESM. BAND. — *Dir. Pen. Mil Braz.*, 1.376) ou, como escreve EV. DE MORAES : “é preciso baixar á realidade da vida normal, encarar os factos como elles se dão geralmente, medir os individuos pela bitola *commum*, consideradas, as circumstancias especiaes do logar, do tempo e da situação reciproca dos protagonistas (*Prob. de Dir. Pen.*, 2.<sup>a</sup> ed., pag. 219). (1.<sup>a</sup> *Cam. da Côte de app.*, *acc.* de 29 de nov. de 1927, *conf sent. do Juiz da 6.<sup>a</sup> Vara Criminal*).

XIII. — Não cogita o legislador de uma proporcionalidade absoluta entre a aggressão e a defesa. Já na L. 3, *Cod. ad legem Cornelliam de siccariis*, ficou consignado : *Si quis percussorem ad se venientem gladio repulerit nom est homicida tenetur; qu'a defensor propioe salutis in nullo pecasse videtur*. Si alguém repellir pela espada aquelle que o procurar para espancal-o, não deve ser punido como homicida, pois quem defende a vida não é considerado em falta. SALOMONIUS deu maior amplitude ao instituto : “A legitima defesa nem sempre exige que se resista a alguém com armas eguaes. Se alguém vier ao meu encontro com as mãos vasiae e eu empunhar uma lança, não é preciso desfazer-me della para que seja justa a defesa : *Inculpatam tutelam nec exigit estoeque marte alieni resistatur. Si manu etiam vacua, me aliquis petat, et ego forte telum manu teneo, non este objiciendum telum ut justa sit defensio*”. E' de lembrar-se a lição do insigne CARRARA : “Ma non si deve giudicare il risultato spesso fortuito ed imprevisto; ciò che deve quindi còrsi é la reazione violenta dell' accusato. Se questa era legitima, ne avvenga che può, non solo deve ascriverglisi la colpa se nel duro cimento diresse e colpì ove meglio poteva.” As unicas phrases pronunciadas pelo accusado encerravam imploração de misericordia : “não me batam, não me matem, não me façam mal, sou um chefe de familia; por misericordia, por Jesus”, accentuando-se assim não só a ausencia de provocação mais ainda o temor de que se achava possuido o accusado, o que justifica o excesso de defesa que se lhe possa attribuir. “Naturalmente se conviene giudicare di questo errore tenendo conto dello stato in cui si trova l'animo dell'agente al momento del fatto, e nem si terrá quindi colpevole di eccesso chi era incolto della paura si da poter giudicare delle conseguenze dei propri atti (PINCHERLE — *Man. di dir.*). A propria fuga, que alguns escriptores apontam como remedio, seria impossível, tal o circulo em ficou encerrado o accusado. Além de que : “la legge non comanda la viltà, se questa é um sentimento che deve essere in alcuna guisa raccomandato in un popolo virile. La dignità individuale é anch'essa un diritto personale che non si può essere

costretti ad abdicare; quando la legge riconosce la facoltà de difendere la persona, nom esige che tale difese sia esercitata col sacrificio di un diritto della persona. Il privato ha il diritto di respingere l'aggressione e nom ha il dovere di risparmiare il suo aggressore fuggendo indecorosamente davanti allo atesso (IMPALLOMENI, *Dir. Pen.*, pag. 309) (1.<sup>a</sup> *Cam. da Côte de app.*, acc. de 10 maio de 1929).

XIV. — O art. 34, n. 2, do codigo penal sobre defesa propria, demanda tres quesitos, e devem ser fomulados do modo seguinte: O réo teve impossibilidade de prevenir a acção? — O réo teve impossibilidade de obstar a acção? — O réo teve impossibilidade de invocar e receber soccorro da autoridade publica? (*Accordam do Tribunal de Relação do Estado do Rio de Janeiro*, de 23 de março de 1897).

XV. — Ha manifesta contradicção, quando o jury, em um quesito, reconhece a legitima defesa, e, em outro, affirma que o réo praticou o crime com superioridade em armas, de modo que o offendido não poderia defender-se com probabilidade de repellir a offensa (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 22 de janeiro de 1898)

XVI. — Ha contradicção nas respostas do jury, quando affirma que o réo *praticára o crime sem pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar*, e affirma que o réo praticou o crime *em defesa propria*. E' nullo o julgamento (*Ac. da Camara Criminal do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 28 de janeiro de 1904)

XVII. — A offensa physica praticada contra o injuriador ou calumniador não pôde ser considerada como um requisito ou meio adequado de legitima defesa (*Acc. do Sup. T. de Just. do Amazonas*, de 12 de nov. de 1912)

XVIII. — E' de confirmar a decisão, negando-se provimento ao recurso ex-officio, que, reconhecendo ter o réo commetido o crime em legitima defesa, o absolve da accusação, desde que fique extreme de duvida, haver elle, na repulsa directa e immediata a uma aggressão injusta e inopinada, sido forçado, para não succumbir na lucta a que fôra assim arrastado, a atirar no aggressor com o revolver que comsigo conduzia, e cujo projectil, attingindo-o, lhe produziu a morte immediata (*Acc. do T. da Rêl. do Ceará*, de 7 de maio de 1920).

XIX. — A aggressão, para constituir um dos elementos essenciaes da justificativa da legitima defesa, deve ser actual, pois esta

se não exerce contra uma aggressão futura ou já finda (*Acc. do T. da Rel. do Ceará*, de 14 de maio de 1920).

XX. — No summario da culpa não se reconhece a legitima defesa senão quando essa justificativa está perfeitamente escoimada de qualquer duvida (*Acc. do Sup. T. de Just. do Amazonas*, de 5 de junho de 1920).

XXI.— A lei social, diz CHAUVÉAU, não póde exigir que o homem faça o sacrificio de sua segurança pessoal; ella está encarregada de o defender, mas si a sua vigilancia está em falta, não póde, por isso, incriminar aquelle que se defendeu de um perigo que o ameaçava e porque não teve meios de o evitar. Ha um caso, diz PALEY, em que todos os extremos são justificaveis : é quando se nos ameaça a vida e temos necessidade, para salva-la, de matar o aggressor. Na antiga legislação indú declara-se: “A legitima defesa não gera senão o direito de uma reparação material e jámais se poderá ajuntar a esta uma penalidade afflictiva ou infamante. Sem duvida o homem póde se defender quando é atacado em sua familia, em sua pessoa, em seus bens ; póde repellir a força pela força ; elle disputa a sua vida, a sua fortuna, a sua honra a quem lh’a quer tirar; este direito nasce do facto aggressivo que se tem de combater mas cessa quando cessa a aggressão”. Mas, para que em face do Estatuto Penal possa ser justificada a defesa propria ou de outrem, necessario é que intervenham em favor do delinquente os seguintes requisitos ; a) aggressão actual ; b) impossibilidade de prevenir ou obter a acção, ou de invocar e receber soccorro da autoridade publica ; c) emprego de meios adequados para evitar o mal e em proporção da aggressão ; d) ausencia de provocação que occasionasse a aggressão. E a jurisprudencia affirma. “A defesa só é legitima quando se contrapõe a um ataque actual e injusto, isto é, não provocado pelo que allega a justificativa ; quando o aggreddido não póde invocar o soccorro da autoridade publica, cujos direitos se exercita no momento em sua substituição ; quando não teve tempo de prevenir ou obstar a acção ; e desde que utilisou sómente recursos imprescindiveis racionalmente para a salvaguarda da sua vida e de seus direitos periclitantes (*Set. conf. 3.ª Cam. da Côte de App., acc. de 31 de out. de 1920*).

XXII. — E’ praticado em legitima defesa de terceiro o acto daquelle que expulsando do interior de uma casa de familia um individuo que ahi penetrára e pretendia conservar-se contra vontade do dono lhe causa lesões corporaes (*Acc. do Sup. T. de Just. do Rio Grande do Sul*, de 6 de janeiro de 1922).

XXIII. — O Cod. Penal, no art. 34 estabelece os requisitos cujo concurso é necessario para tornar legitima a defesa, quer propria

quer de outrem. Esses requisitos tornam patente que a situação de quem se defende é a de quem, em contingencia iniludível, recorre á força para repellar de si ou de outrem, sem excesso, uma aggressão violenta e injusta. Sómente quando a aggressão se traduz por essa forma violenta é que pôde collocar o aggreddido na contingencia de se valer da força para salvaguardar-se ou a terceiro. Para que se verifique a justificativa, a aggressão deve ser actual, inevitavel e injusta. E' a opinião de GALDINO SIQUEIRA, *Dir. Pen.* n. 281, paginas 430 e 431 (*Acc. do Sup. T. de Just. do Rio Grande do Sul*, de 4 de abril de 1922).

XXIV. — Procurando á todo transe evitar uma discussão, o recorrente disse a Celina que se retirasse, pois que não discutia com mulheres, ao que esta respondeu : “Não discusses com mulheres e admira que discutas com homens, pois não o fizestes com R. L. quando o encontrastes com tua mulher na cama.” Em face de tão grave injuria e da attitude aggressiva de Celina, o recorrente, em acto de justa repulsa agarrando-a pelos braços, applica-lhe um ou dois soccos que produziram as escoriações descriptas no auto de corpo de delicto. Por tal facto foi o accusado processado e, em sendo pronunciado no art. 303 do Cod. Penal, interpoz recurso para este Tribunal. Agindo o recorrente pelo modo e nas circumstancias em que o fez, não incorreu em sancção penal, pois não commetteu crime, antes exerceu o sagrado direito de defesa de sua honra. O seu acto encontra amparo na lei. O Código Penal em seu art. 32, § 2.º dispõe que não são criminosos os que praticam o crime em defesa legitima, propria ou de outrem, e que a legitima defesa não se limita unicamente á protecção da vida, mas comprehende tambem todos os direitos que pôdem ser lesados. Ora, nenhum direito é mais sagrado do que o direito á honra, que todo o individuo tem o imperioso dever de zelar ; e si assim é, não pôde elle deixar de estar incluído na generalidade dos direitos tutelados pelo Cod. Penal. E' deste pensar o eminente JOÃO VIEIRA em seus *Commentarios ao Cod. Penal*. Assim o recorrente, offendendo physicamente a Celina, na repulsa do ultraje á honra de sua esposa, agiu dentro da lei, uma vez que houve proporção entre a repulsa e a offensa. O seu acto não revelou o *animus delinquendi*, mas apenas traduziu a justa repulsa á offensa recebida. E não é de se admittir que o recorrente, para evitar o resultado, tivesse de se retirar, pois essa retirada lhe seria vergonhosa, porque o sujeitava aos motejos dos que presenciaram o facto e que certamente o considerariam incapaz de defender a sua propria personalidade. A lei não impõe, não pôde impôr ao homem tão pesado sacrificio. E é por isso que VON LISZT escreve a pag. 23 do vol. I do seu *Trat. de Dir. Pen.* : “a possibilidade de uma fuga vergonhosa ou perigosa não exclue a legalidade da defesa, mas a defesa deixa de ser legal

si é possível escapar á aggressão sem ignominia ou sem perigo (*Acc. do Sup. T. de Just. do Rio Grando Sul*, de 22 de set. de 1922).

XXV. — Na legitima defesa a proporcionalidade da aggressão e da repulsa é uma questão de facto a preciar em cada especie segundo um criterio racional (*Acc. do Sup. T. de Just. do Amazonas*, de 29 de set. de 1925).

XXVI. — A jurisprudencia uniforme dos tribunaes firmou a regra processual de que, para o reconhecimento de qualquer justificativa ou dirimente pelo Juiz summariamente se torna necessaria uma prova perfeita e acabada dessa justificativa ou dirimente de modo a não deixar a menor duvida no espirito do julgador, sem o que se defere o julgamento ao tribunal popular (*Acc. do Sup. Trib. do Paraná*, de 27 de out. de 1925).

XXVII. — Na repulsa a insultos, a defesa legitima se póde realizar mediante vias de facto (*Acc. do Sup. T. do Amazonas*, de 29 de maio de 1926).

XXVIII. — Não se considera finda a aggressão, e não exclue a legitima defesa de terceiro, a retirada deste já ferido, si o defensor produz a offensa procurando conter o aggressor, que, insistentemente, vae perseguindo a victima (*Acc. do Sup. T. do Amazonas*, de 5 de junho de 1926).

XXIX. — A legitima defesa só deve ser reconhecida no sumario quando estiver perfeitamente escoimada de qualquer duvida e se acha comprovada com todos os seus elementos caracteristicos (*Acc. do Sup. T. do Amazonas*, de 6 de nov. de 1926).

XXX. — Tem em seu favor a justificativa da legitima defesa propria aquelle que, agredido inesperadamente em seu estabelecimento por um individuo armado de navalha, apanha um sarrafo que estava proximo e fere com elle o seu aggressor, ainda que fosse possível escapar pela fuga (*Acc. do Sup. T. do Amazonas*, de 20 de agosto de 1927).

XXXI. — Na defesa de terceiro é necessario que o defendido não seja o provocador. Um dos commentadores do Cod. Pen., o professor JOÃO VIEIRA, observa que o Codigo Criminal, em se tratando da defesa de terceiros: “não exigia como requisito não ter havido da parte do terceiro provocação do delicto que occasionasse o conflicto, sem duvida porque presuppõe o legislador que muitas vezes, alguem defendendo um terceiro, poderia ignorar os precedentes entre elle e o aggressor. Esta ultima observação mostra que o le-

gislador de 1890 não foi bem avisado neste ponto, porque, fundado no art. 32, § 2.º, da defesa propria e a de outrem no art. 34, n. 4, exige a *ausencia de provocação*, o que o defensor do terceiro pôde ignorar (*Cod. Pen.* vol. II, pag. 57). Dá igual intelligencia o doutor LEMOS SOBRINHO que assim se expressa : "O legislador do Cod. da Republica, fundindo no art. 32, § 2.º, a defesa propria e a de outrem, exige assim a condição da ausencia de provocação, o que importa em difficultar o exercicio desse direito, porquanto, podendo o individuo ignorar qual tenha sido o provocado, não se abalançaria a intervir na lucta para salvar o atacado ante perspectiva de vir a soffrer graves consequencias de sua acção, incorrendo em penalidade (*Legitima Defesa*, 115)) NYPELS, um dos mais acatados commentadores do Codigo Penal Belga, citado por SCOREL (*Cod. Pen.*, 2.ª ed. 145) escreveu : "Celui que intervient pour defendre son prochain (parent ou étranger) doit agir avec circumspection. Il doit s'assurer notamment de quel coté est le bon droit. En se jetant étourdement entre deux lutteurs, il pourrait fort bien arriver qu'il se mit du coté de l'agresseur et dans ce cas, s'il tuait ou blessait celui qui a été injustement attaqué il ne pourrait se justifier, en pretendant qu'il est intervenu pour la legitime difense d'autroi. Ce qu'il y a de mieux á faire, quando on ignore les circonstances de la lutte, c'est de s'interposer pour la faire cesser et pour maintenir les lutteurs en respect, si possible, jusqu'à ce que l'autorité interviene (*Acc. do T. da Rel. de Minas Geraes*, de 1 de março de 1929).

## 290. — Jurisprudencia estrangeira.

### FRANCEZA

I. — Attendu que, lorsqu'il s'agit de protéger la sureté des personnes contre les agressions violentes des animaux domestiques, le droit de destruction est incontestable, étant fondé sur la légitime defense, et dès lors sur une nécessité évidente;

Attendu que la solution est plus délicate lorsque se ne sont pas las personnes, mas la propriété, qui est menacée;

Attendu que deux principes se trouvent alors en présence: le respect de la propriété d'autrui d'une part et, d'autre parte, le droit pour chacun de sauvegarder ses interêts mis en péril par l'instinct sauvage et para les déprédations des animaux: que ces deux principes sont également respectables;

Que l'on ne saurait admettre, en effect, que l'on puisse se faire justice à soi-même et tuer l'animal domestique appartenant à autrui, à raison d'un dommage léger et accidentel dont la réparation peut etre obtenue du proprietaire de cet animal.

Que cependant on ne peut dénier dans certains cas aux cityoens le droit, pour protéger leur propriété, de tuer l'animal auteur du dommage;

Attendu que la conciliation de ces deux principes opposés se trouve dans le fait de l'impossibilité absolue pour la victime du dommage de l'éviter ou d'en obtenir la répartition sans détruire l'animal que l'a causé; qu'il ne suffit pas, pour justifier de la destruction, de l'introduction des animaux dans des parces ou jardins clos, même attendant à une habitation; qu'il ne faut pas non plus recourir à cette mesure suprême avec légereté, sans motif sérieux et urgent; qu'elle ne peu se justifier qu'au cas ou il s'agit d'un péril actuel et grave et ou il est absolument impossible d'éviter le dommage para une autre voie; qu'il suit de là que si le propriétaire de l'animal est connu, il doit être averti des déprédations qui lui sont reprochées, et que ce ne sera qu'après un refus de réparation que sa destruction sera légitime ou cas d'un nouveau dommage, à moins qu'il ne s'agisse de prévenir un dommage, de telle importance qu'il ne serait nullement en proportion avec la valeur de l'animal, etc. (*Trib. de Loudun*, 6 janvier, 1882).

II. — Toutes les présomptions de la cause tendent à établir que, comme le soutient le prenu, Trénit a joué dans la scene regrettable qui a en lieu le rôle d'agresseur; on peut admettre que Cantau, se voyant assailli chez lui, à *l'improviste* par un homme d'un caractere violent, doué d'une viguer physique exceptionnelle et qui avait hautement annoncé l'intention de le maltraiter, conçut pour sa vie de craintes sérieuses, et que, lorsque, sous l'impression de cette pensée, il frappa Trénit avec la serpe qu'il tenait à la main, il obeti au sentiment de sa conservation personnelle. En déduisant de ces faits l'exception péremptoire de légitime défense, l'arrêt attaqué a sainement entendu et appliqué le texte et l'esprit de la loi (*Cour de Cassation*, 7 aout, 1873).

## ITALIANA

III. — Non ricorrono gli estremi della legitima difesa nel caso de chi intromessesi in un alterco per sostenere le parti de un amico, contro il quale l'avversario aveva impugnato un celtello, percuote quest'ultimo alla testa (*Cass.*, 23 giug. 1890).

IV. — Invano si parla di legitima difesa nel caso del marito che conscio della infedeltà della moglie cerca con raggiri di sorprenderla in flagrante adulterio ed uccide il drudo (*Cass. Roma*, 7 aprile 1891).

V. — La legitima difesa deve valutarsi con criterio soggettivo. Ciò venne più volte chiaramente affermato dalla giurisprudenza nostra (*Cass.*, 4 aprile 1895).

### HESPANHOLA

VI. — Para apreciar el medio ó necesidad racional, es preciso comparar y concordar la situación del ofendido, lugar y ocasion de la ofensa y el medio de que se valga el ofensor para realizar su propósito (*Trib. Supr.*, 16 de abril de 1872).

VII. — Aun cuando la necesidad racional del medio empleado para impedir la agresión nó signifique que dicho medio haya de ser absolutamente preciso y el unico que pudiera emplear el agredido, no se puede prescindir de apreciar en cada caso concreto su verdadera necesidad, mas ó menos relativa, seguir las reglas de criterio racional (*Trib. Supremo*, 4 de abril de 1874).

VIII. — Los meros insultos ó injurias verbales no acompañados de acción dirigida contra la integridad personal ó sus derechos, no constituyen agresión en que pueda apoyarse la defensa que este articulo del codigo legitima, ni tampoco las amenazas (*Trib. Supremo*, 6 de febrero de 1878, 5 de mayo de 1888, 22 e 26 de abril de 1890).

IX. — El que hallandose solo en el campo y sin auxilio es amenazado, acometido y herido por otro, dándole un plano en la cabeza sin haber provocado el suceso, y responde a semejante agresión con un medio adecuado propio y racional disparando á su agresor un tiro que le privó de la vida, está exento de responsabilidad (*Tribunal Supremo*, 6 de mayo de 1886).

X. — La circunstancia de causar la muerte despues de apoderarse del arma del interfecto, no excluye el requisito de la defensa, si no hubiera dejado de estar en grave peligro la vida del procesado por la posibilidad de que aquel pudiera tener otra arma, ó de que recobrase la que el segundo le arrebató en una lucha aún no terminata, y cuyo desenlace y contingencias no era dado prever (*Trib. Supremo*, 7 de marzo de 1888).

XI. — Solo cabe apreciar la agresión ilegítima cuando aquélla es inesperada, no provocada y obliga á repeler un riesgo ajeno á la propia voluntad, no concurriendo estas circunstancias en quienes se dirigen en manifesta actitud de desafío a determinado lugar y ali se acometen (*Tribunal Supremo*, 21 de diciembre de 1886 e 25 de mayo de 1888).

XII. — No puede decirse que obra en defensa propria ó de un tercero el que en riña viene á las manos con su contrario, porque en este caso las mutuas acometidas que los contendientes se hacen para causar el uno al otro el mayor mal que pueda, no constituye la agresion ilegítima que exime de responsabilidad, sino un incidente de la riña por ambos aceptada, y faltando la agresión ilegítima, no pueden invocarse con éxito las exenciones por defensa própria ó de extraño (*Tribunal Supremo*, octubre de 1890).

XIII. — Procede estimar racionalmente necesario el medio empleado para la defensa de su persona, por quien inesperada y repentinamente agredido por otro con un segurón, dispara contra este una escopeta cargata con perdigones, causando una lesión grave, porque lo inesperado y repentino de la agresión, la proximidad del agrésor y la classe de arma con que este acometió, constituyan en iminente riesgo el agredido, sin permitirle la elección de toros medios que hubieran exigido serenidad de animo y momentos de reflexión inadecuados á la perentoriedad del peligro (*Tribunal Supremo*, 30 de diciembre de 1890).

XIV. — El hecho de amenazar, á corta distancia, con un palo á otra persona con quien se está enemisado, constituye una verdadera agresión y no simple amenaza (*Tribunal Supremo*, 16 de marzo de 1892).

## CHILENA

XV. — La lesión inferida no fué un medio racional de rechazar su agresión puesto que *pudo emprender el reo la fuga*, o limitarse a estrecharlo con los brazos, maxime cuando aquél estava *ébrio* (*Côrte de Valparaíso*, 1893).

Art. 35. Reputar-se-á praticado em defesa propria ou de terceiro:

§ 1.º O crime commettido na repulsa dos que á noite entrarem, ou tentarem entrar, na casa onde alguém morar ou estiver, ou nos pateos e dependencias da mesma, estando fechados, salvo os casos em que a lei o permite.

§ 2.º O crime commettido em resistencia a ordens illegaes, não sendo excedidos os meios indispensaveis para impedir-lhes a execução.

291. — Neste artigo occupa-se o codigo de dois casos especiaes, que assimila á legitima defesa. O codigo anterior disponha do mesmo modo quanto ao primeiro caso, isto é, quanto ao crime commettido na repulsa dos que entrarem ou tentarem entrar á noite na

casa alheia, considerando o segundo caso, da resistencia á ordem illegal, não como especie de legitima defesa presumida, mas real (art. 14, §§ 4.º e 5.º).

Disposição identica á do art. 35, § 1.º, encontramos em outros codigos, como o da Baviera, art. 124, francez, art. 329, n. 1, belga, art. 417, italiano, art. 376, n. 2, mas uniforme não tem sido o modo de encarar a especie ahí contida.

Para uns a disposição sobre a entrada ou tentativa de entrada em casa alheia é apenas um exemplo de hypothese em que se encontram as condições da legitima defesa, o desenvolvimento, por via de applicação do principio consagrado na disposição geral sobre aquella justificativa.

Assim encarando o estatuido em nosso anterior codigo, THOMAZ ALVES, seguido por PAULA PESSÔA e FRANCISCO LUIZ, entendia que no caso deviam ser provados os requisitos geraes estabelecidos para a defesa propria ou de terceiro, accrescidos do referente á entrada ou tentativa de entrada na casa alheia, com as circumstancias descriptas na lei.

Ha necessidade de ser constatada a justificativa, pelos requisitos geraes e o especial, por isso que a legitima defesa não se presume, mas deve ser provada, e nesse sentido já estatua o codigo da Baviera, art. 134.

Esta argumentação é improcedente, pois vae de encontro á ordem systematica, ao sentido grammatical do texto legal e á sua razão politico-historica.

Effectivamente, se a hypothese do art. 35, § 1.º, já se acha contida na disposição generica do art. 32, § 2.º, nenhuma utilidade pratica teria aquella disposição, dest'arte tornando-se uma redundancia, o que não é admissivel em uma lei, e o legislador não poderia ignorar, por ser elementar.

Depois, o proprio elemento grammatical vem mostrar que as hypotheses do art. 35 se distinguem do caso do art. 32, § 2.º.

*Reputam-se*, diz o legislador naquelle artigo, praticados em defesa propria ou de terceiros os actos figurados nos paragraphos dessa disposição, e *reputar* quer dizer *estimar*, *ter em conta*, *considerar*, *julgar*, *crêr*. (Dic. de DOMINGOS VIEIRA).

Se o legislador tivesse tido em mente apenas offerecer dois *exemplos*, duas *applicações*, dos principios antes estabelecidos, a expressão não poderia ser mais impropria, mais descabida.

Viriamos a ter dois casos de legitima defesa perfeitamente eguaes aos outros no que concerne aos principios reguladores da materia, dois casos subordinados aos requisitos do art. 34, que são geralmente exigidos para que se verifique a justificativa; e, entretanto, esses dois casos *contidos na regra do codigo, exemplos unica-*

mente, ou applicações da doutrina acceita pelo legislador, seriam *tidos em conta, julgados, considerados*, de legitima defesa ! Será licito attribuir ao legislador tão grande inadvertencia no emprego dos vocabulos ? Para que *ter em conta, julgar, considerar* de legitima defesa uma hypothese que, por sua natureza, e de conformidade com os principios a que se amoldou o codigo, já é de legitima defesa ? (PEDRO LESSA). Redundancia haveria ainda com relação ao § 2.º, do art. 35, porquanto ahi se exige que “*não sejam excedidos os meios indispensaveis para impedir a execução da ordem illegal*”, requisito de proporcionalidade ou de não excesso de repulsa que já vem exigido no art. 34, n. 3, e, pois, a ter de ser observado este artigo no caso previsto no § 2.º, do art. 35, teriamos o mesmo requisito exigido duas vezes. Afastada semelhante intelligencia do texto legal, por viciosa, resta como a mais natural, a que dispensa a prova cumprida dos requisitos do art. 34, tendo-os como subtenidos nas hypotheses do art. 35.

Assim, o legislador exigindo para o caso do § 2.º deste artigo o requisito acima apontado, claramente quiz excluir a exigencia de mais algum, contentou-se com esse.

Nem colhe ainda o argumento de que o nosso codigo de 1830 não dispunha do mesmo modo que o vigente, pois presumia caso de legitima defesa propria ou de outrem, tão sómente a entrada ou tentativa de entrada em casa alheia, considerando o outro caso, o da repulsa á execução de ordem illegal, como objecto de disposição distincta, porquanto se os dois casos são hoje objecto de uma só disposição, a conclusão a tirar seria que o legislador quiz afastar-se do velho codigo.

Depois, se o legislador conhecia a questão levantada a proposito da segunda parte do § 4.º, do art. 14, do anterior codigo e não declarou expressamente que os requisitos do art. 34 eram necessarios para o art. 35, é claro que quiz dispensal-os.

E se o § 5.º do art. 14 do codigo revogado não exigia requisito algum, e o final do § 4.º do art. 14 está hoje identificado com o § 5.º pela consolidação do art. 35 do actual codigo, segue-se claramente que o legislador dispensou tambem para este os requisitos que já dispensou para aquelle (CAMARÁ LEAL).

E' de notar finalmente que os dois casos do art. 35 assumem especial gravidade, affectando directamente a segurança pessoal, razão pela qual têm reclamado nas diferentes legislações um tratamento especial, de sorte a garantir efficazmente os direitos em jogo. Pelo que diz respeito ao caso do § 1.º, do art. 35, o facto da violação do domicilio, asylo do cidadão, como tal considerado e protegido desde os mais remotos tempos; as circumstancias da noite e de se achar fechada a casa, presumindo-se os moradores em repouso, collocados, por isso, em situação de não poder medir exacta-

mente a extensão do perigo, fazendo corresponder a devida repulsa; a temibilidade do assaltante, revelada por essas circunstancias, e de trazer certamente o proposito de não recuar ante o assassinato ou offensas corporaes, e para tal vindo munido de armas ou de meios precisos, tudo isso concorreu para levar o legislador a considerar a repulsa feita, como caso de legitima defesa, na presumpção fundada de correr imminente e grave perigo a segurança pessoal do morador, assim collocado na necessidade de usar da força para repellir uma violencia. Assim, assegurando mais efficazmente a inviolabilidade do domicilio, presumiu a repulsa feita como legitima, isto é, como preenchendo os requisitos do art. 34. E' esta a intelligencia dada pela maioria dos tratadistas e commentadores estrangeiros, em face da disposição analogá dos seus codigos.

292. — Divergem, porém, no determinar a natureza da presumpção. Para uns, trata-se no caso de uma presumpção absoluta, *juris et jure*, que cobre o accusado contra quaesquer provas tendentes a estabelecer a convicção de que elle não agiu em legitima defesa. O legislador, dizem, quiz atalhar legislativamente todas as incertezas inherentes á investigação e apreciação dos factos difficeis, garantir mais energicamente a inviolabilidade do domicilio durante a noite, ministrar um aviso salutar aos malfeitoses, intimidá-los, autorizando uma resistencia illimitada contra elles, finalmente attender á impossibilidade, ou, pelo menos, á extrema diffculdade em que se acha o agredido de medir exactamente a extensão do perigo, e quiz assegurar completamente a liberdade da defesa, cobrindo os actos do accusado de uma protecção absoluta (TREBUTIEN, BERTAULD, BLANCHE, GARRAUD e outros).

A presumpção legal de legitima defesa, diz GARRAUD, justifica os actos praticados nos termos da lei, qualquer que tenha sido o fim da escalada, ou da effracção, pouco importando que o aggressor tenha querido offender a vida dos habitantes da casa, a propriedade ou a honra". Mas, e aqui está o lado vulneravel da doutrina, notado pelo mesmo autor, "permittte-se justificar até o homicidio em circumstancias em que se provasse que nenhum dos habitantes da casa correu o menor perigo possível". Dahi porque entende que "o legislador teria feito bem, se tivesse deixado as hypotheses que prevê entregues á regra geral do art. 328 (legitima defesa). Para outros, a presumpção não é absoluta, mas condicional, *juris tantum*, permittido sendo á accusação destruil-a com dados que provem que, em vez de legitima defesa, se commetteu um delicto tanto mais repulso e condemnavel, quanto mais odioso é o dolo com que o delinquente soube explorar a protecção creada pela presumpção legal. Argumentam com o perigo resultante da doutrina contraria, e com a evolução do proprio instituto da legitima defesa, que desde o di-

reito romano tem sido subordinada a certos requisitos tendentes á coibir abusos, a determinar e legitimidade da defesa, como a imminencia do perigo, a injustiça da aggressão, uma certa proporção entre esta e a reacção, etc., só se tolerando que a acção do individuo substitua a do Estado em determinado caso de estricta necessidade.

Assim, acceitando-se um tratamento juridico especial para a hypothese tambem especial, e rodeada de gravissimas circumstancias, que o nosso legislador prevê no art. 35, § 1.º, e ao mesmo tempo não impedindo que a accusação publica e particular averiguem se sob a protecção legal se commetteu um crime, e no caso affirmativo, offereçam as provas colhidas e destruam a presumpção da lei, consultam-se os interesses sociaes e individuaes em jogo, sem sacrificio daquelles como pôde acarretar á doutrina contraria, que contrapõe a ficção á realidade, contrapondo-se ainda ao proprio instituto da legitima defesa como vem delineado nas legislações e na doutrina (PEDRO LESSA, MORIN, CHAUVEAU e HELIE, ORTOLAN, TUOZZI e outros): Como bem nota PEDRO LESSA, basta a exposição, mesmo succinta, da doutrina *juris tantum* e da adversa, para mostrar que a verdade juridica está na primeira.

Dando-lhe acolhidá de modo expresso, o legislador belga, reproduzindo o art. 329, n. 1, do codigo penal francez, inseriu salutar clausula restrictiva, estatuinto no art. 417, que a justificativa tem lugar “à moins qu’il soit établi que l’agent n’a pas pu croire à un attentat contre les personnes, soit comme but direct de celui qui tente l’escalade ou l’effraction, soit comme conséquence de la résistance que rencontreraient les desseins de celui-ci”. Outra não pôde ser a doutrina que se harmonisa com o nosso codigo, em face do modo porque regula o instituto da legitima defesa.”

Já vimos que a defesa só se torna legitima quando conjunctamente intervirem as condições ou requisitos do art. 34, ou quando houver um *perigo actual e inevitavel á pessoa*, e isto quer o alvo da aggressão seja sómente a vida, ou a integridade corporea ou o pudor, quer concomitantemente com a aggressão áquelles bens a da propriedade.

Assim, a presumpção legal do art. 35, § 1.º, assenta no facto que da entrada ou tentativa para entrar em casa alheia, estando fechada e á noite, resulte perigo actual e inevitavel á pessoa dos moradores; por outra, o legislador presume que o individuo, que procedeu nos termos daquella disposição, agiu em legitima defesa, ou que intervieram conjunctamente em favor do accusado os requisitos do art. 34.

E’ um caso, diz TUOZZI, de temor para a segurança pessoal, que se tem como fundado, salvo prova em contrario, verificadas as circumstancias discriminadas pela lei.

A’ accusação cabe provar que essa situação não podia resultar da entrada ou tentativa da entrada, por isso que a pessoa repellida

não tinha intenção má, caso que se pôde verificar perfeitamente. CARRARA figura hypotheses como a da pessoa mascarada que durante o carnaval penetra na casa em que mora um conhecido, de accôrdo com os costumes locais, do individuo que, perseguindo um animal domestico com o fim de captural-o, vae até dentro dos pateos ou dependencias de um predio alheio.

Se nenhuma prova fôr feita pela accusação da inocuidade da entrada ou tentativa de entrada, está o accusado protegido pela presumpção legal, e havido como tendo agido em legitima defesa propria ou de outrem.

293. — Nos termos do art. 35, § 1.º, são condições para fundamentar a legitima defesa propria ou de outrem, as seguintes:

1.ª Que a acção da qual resulte a offensa, homicidio ou lesão corporal, seja praticada como repulsa do que entrar ou tentar entrar na casa, ou nos pateos e dependencias.

O codigo não discrimina o meio da entrada, como fazem os codigos francez, belga e italiano, e assim, pôde ser feita por arrombamento, escalada, gazúa, chaves falsas ou verdadeiras, fortuita ou subrepticamente obtidas ou com auxilio de algum domestico ou outro qualquer meio.

Parece distinguir os *pateos* das *dependencias*, quando aquelles não são mais do que uma das formas destas.

Reputam-se dependencias de uma casa habitada, diz o codigo belga, "les cours, basses-cours, jardins et tous autres terrains clos, ainsi que les granges, écuries et tous autres édifices qui y ont enfermés, quel qu'en soit l'usage, quand même ils formeraient un enclos particulier dans l'enclos général" (art. 480).

2.ª Que a casa esteja fechada quando se der a entrada ou tentativa de entrada.

3.ª Que a entrada ou tentativa de entrada seja realisada á *noite*. O que se deva entender por *noite*, veremos quando commentarmos o art. 39, § 1.º.

Compreende-se que a circumstancia da noite é essencial para que o facto da repulsa possa ser considerado como praticado em legitima defesa. Assim, aquelle que houvesse offendido o ladrão que de noite e com arrombamento penetrasse no interior de uma casa habitada e alli se conservasse occultamente, sendo descoberto de dia, e quando o maior perigo dos moradores já tinha passado, não poderia invocar a legitima defesa, para isentar-se da pena correspondente ás offensas praticadas.

O legislador, exigindo que o acto seja commettido na repulsa dos que á noite entrarem ou tentarem entrar, deixa ver claramente que deve ser praticado de noite (ROMEIRO).

4.<sup>a</sup> Que a entrada ou tentativa de entrada se faça fóra dos casos permittidos pela lei, e que vem enumerados pelo art. 197 do codigo.

294. — O segundo caso de legitima defesa presumida é o da *oposição á execução de ordens illegaes*.

Desde que o codigo considera crime o facto de expedir *ordem illegal*, como o de executal-a (art. 229), é bem de ver que não póde constituir crime a resistencia opposta á execução de uma ordem illegal, desde que excedidos não sejam os meios indispensaveis para tal fim.

Que uma tal resistencia é um direito, resalta não só do facto da illegalidade da ordem, como do preceito constitucional que estatue — não ser ninguem obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei (Const. Federal, art. 72, § 1.<sup>o</sup>).

Para constituir justificativa, é necessario o concurso das seguintes condições:

1.<sup>a</sup> Que a acção seja commettida em resistencia á *ordem illegal*.

Como *ordem illegal* se entende a que emana de autoridade incompetente, ou é destituida das solemnidades externas necessarias para a sua validade, ou é manifestamente contraria á lei (art. 229, do codigo). Vide o que expendemos a respeito, commentando o artigo 28.

Havendo duvida sobre a illegalidade da ordem, não é licita a resistencia. Como nota TREBUTIEN, “é mister distinguir entre as injustiças duvidosas ou supportaveis e as injustiças manifestas ou insupportaveis; deve-se soffrer as primeiras, não somos obrigados a tolerar as segundas.”

2.<sup>a</sup> Que na resistencia não tenham sido excedidos os meios indispensaveis para impedir a execução da ordem illegal.

## 295. — Jurisprudencia brasileira.

I. — A legitima defesa do art. 35, § 1.<sup>o</sup>, do Codigo Penal, é um instituto juridico especial que presuppõe implicitamente a existencia dos requisitos exigidos pelo art. 34. Não constitue, pois, nullidade a omissão, no julgamento, dos quesitos referentes á materia do art. 34 (*Accórdam do Tribunal de Justiça de São Paulo*, de 22 de abril de 1899).

II. — A disposição do art. 35, § 1.<sup>o</sup>, do Codigo Penal consagra a garantia reconhecida da inviolabilidade do domicilio (Constituição Federal, art. 72, 11), já respeitada pelos Romanos, como se vê no Digesto, pois a casa constituia um logar sagrado, o castello do morador se julga na Inglaterra, onde dizia Lord Chatam : o rei não póde entrar, embora seja uma choupana em que penetrem a chuva

e o vento (J. BARBALHO, *Const.*, pag. 318), justificativa mais lata perante o nosso código, que a dos códigos penaes da Italia, art. 376, da Belgica, art. 417 e da França, art. 329, porque a repulsa é legitima desde que, á noite, entrem ou tentem entrar em casa ou dependencias onde alguém morar ou estiver, desde que estejam fechadas, não sendo preciso que haja escalada, que, na lição de VON LISZT, consiste em penetrar por logar não destinado á entrada (*Direito Penal*, 2.º vol., pag. 235). A defesa da propriedade não exige, segundo doutrina PUGLIA, desde que é acompanhada de violencia, do concurso de todos os requisitos necessarios á defesa propria ou de outrem, do contrario não havia necessidade de uma disposição especial — *Dir. Penale*, 2.º vol., pags. 326-327 (*Sentença do Juiz de Direito de Nova Friburgo, confirmada por accórdam* de 16 de agosto de 1907, da *Relação do Estado do Rio de Janeiro*).

III. — Todo o terreno fechado reputa-se dependencia da casa a que é contiguo (Codigo Penal Belga, art. 480). Não importa indagar o fim almejado pelo invasor do terreno alheio. O intuito do offendido, elle mesmo o declarou, era ir ter com a mulher do dono da casa. Nos termos em que está redigido o § 1.º do art. 35 do Codigo Penal póde ser empregada a repulsa qualquer que seja o fim a que se proponha quem entrar ou tentar entrar na casa alheia ou nas dependencias da casa alheia (ESCOREL, Codigo Penal, art. 550).

Julgou a Cassação Franceza em 11 de julho de 1844, que o § 1.º do art. 329 do Codigo Penal Francez, *mutatis mutandis* o § 1.º do art. 35 do nosso Codigo, é applicavel quando a invasão por escalada ou effracção se verifica não com o intuito de roubar, mas visando commetter qualquer outro maleficio, como um adulterio com a mulher do locatario.

O réo, é certo, não repelliu o invasor do seu terreno fechado mas do terreno fechado de seu visinho. Fel-o, porém, por este solicitado e muito legitimamente. A defesa propria e a de terceiro se conjugam na excludente do art. 35, § 1º.

Os requisitos da legitima defesa não dependem de demonstração, eis que todos elles estão ahí presumidos (*Forum*, 1.ª phase, vol. 2.º, pag. 547; 2.ª phase, vol. 2.º, pag. 325; *Rel. do Proc. Geral do Estado*, anno 1908, pag. 145; anno 1909, pag. 120; anno 1913, pags. 235 e 237).

Esta intelligencia dada ao art. 35, § 1.º, do Codigo Penal, está em harmonia com o ensino de FARINACIUS: "*Presumitur quod eo tempore fur habuerit animum non solum furandi sed occidendi; vel saltum eum sic da nocte veniat, ratione temporis discerni non possset an ed furandum, an vero ad occidentum venerit* (*Accórdam do Tribunal da Relação de Minas Geraes*, de 26 de junho de 1928).

296. — Jurisprudencia estrangeira.

FRANCEZA

I. — Les blessures et violences commises envers un malfaiteur, surpris pendant la nuit, dans l'intérieur d'une habitation, et après l'escalade consommée, rentrent dans les cas de défense légitime prévus par l'art. 320 encore bien que les blessures auraient été faites lorsque le malfaiteur prenait la fuite (*Cour d'Amiens*, 16 mars 1843).

II. — Le fait, par un garde qui a vu des individus entrer par escalade, dans un parc confié à sa surveillance, et s'apprêter à voler du poisson, d'avoir tiré sur l'un d'eux et de lui avoir occasioné des blessures, ne constitue ni crime ni délit, alors qu'interpellé de dire son nom, le blessé continuait à garder le silence et qu'il était d'ailleurs, porteur d'une canne à épée (*Cour de Grenoble*, 6 avril 1848).

CHILENA

III. — El occiso y sus compañeros escalaron de noche los cierros de la referida viña con el objeto de robar uvas; el administrador a cuyo cargo estaba la viña, repeliendo con armas el escalamiento hecho en la propiedad, no ha contraído responsabilidad alguna, cualquiera que haya sido el daño causado a los agresores (*Corte Suprema*, 1888, *Corte de Talca*, 1897).



## **TITULO IV**

### **Das circunstancias agravantes e atenuantes**



## 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.

**Art. 37.** A circumstancia não influirá, todavia, quando fór elemento constitutivo do crime.

297. — O delicto, sensu lato, é perfeito quando reunir os elementos *essenciaes* ou *constitutivos*, isto é, elementos sem os quaes não póde ter existencia, e que são *communis* (*elementa essentialia communia delicti*), nas formas do dolo ou culpa e damno potencial ou real, e *proprios* (*elementa essentialia propria delicti*), nas formas que distinguem um de outro, assignando-lhes um nome particular, segundo a respectiva qualificação legal. Mas juntamente com o delicto assim formado podem apparecer factos que, não obstante não sejam necessarios á sua existencia, o affectam physica ou moralmente, modificando para mais ou para menos a culpabilidade.

Assim, no caso do estupro, o facto de ser o crime commettido com o concurso de duas ou mais pessoas; no homicidio, o facto de ter precedido provocação da victima, etc., são factos que não sendo essenciaes ao crime, modificam a culpabilidade, na primeira hypotese augmentando-a, na segunda, diminuindo-a.

A esses factos, assim extrinsecos ao facto delictuoso, mas que o affectam na culpabilidade, dá-se o nome de *circumstancias*, porque ladeiam, agrupam-se ao redor do facto delictuoso (de *circum-estare*), na qualidade de factos accessorios e formam a modalidade do crime; outros tratadistas os denominam *contingencias* ou *accidentalidades* do crime.

Essas circumstancias são *aggravantes* quando, em identidade de lesão juridica, revelam maior perversidade do delinquente, por seu character relativamente mais anti-social, e *attenuantes* quando, entre delictos objectivamente identicos, revelam menor temibilidade, levado o delinquente a agir por necessidade senão conforme ao direito, mas dependente de uma necessidade legitima.

Dizem-se *materiaes* ou *objectivas*, quando se referem ao elemento physico ou material do facto delictuoso; *pessoaes* ou *subjectivas*,

quando inherentes á pessoa do delinquente ou referentes ao elemento moral ou psychico do delicto.

Estão no primeiro caso; por exemplo, as circumstancias do arrombamento, da escalada; no segundo, as circumstancias da premeditação, da fraude.

298. — Multiplices e variadissimas sendo as circumstancias que podem occorrer em cada caso, influido na culpabilidade, irreductiveis, pois, a qualquer enumeração, é bem de ver que desta deviam se abster as legislações, deixando sua apreciação ao juiz, nos limites devidos, e dest'arte, a pena podendo ser individualisada ou adaptada convenientemente ao delinquente.

Entretanto, assim não aconteceu, vigorando os seguintes systemas: 1.º) Mencionam-se as circumstancias aggravantes, em regra, na parte especial, a proposito de cada delicto, e quanto ás attenuantes, sua determinação e reconhecimento ficam ao inteiro arbitrio dos juizes (legislação franceza, codigo e leis de 25 de junho de 1824 e de 28 de abril de 1832, codigos belga, italiano, allemão, etc.). 2.º) Discriminam-se taxativamente, em regra na parte geral, as circumstancias aggravantes e attenuantes (codigos brasileiro, hespanhol, portuguez, argentino, de Venezuela, de S. Salvador, de Zurich). E' de notar que quanto ás attenuantes, os codigos hespanhol, portuguez e argentino fazem uma enumeração exemplificativa. 3.º) Enunciam-se apenas regras geraes, mediante as quaes, em cada caso, se pôde constatar as circumstancias aggravantes e attenuantes (codigo da Baviera).

Tem-se criticado o primeiro systema por deixar ao inteiro arbitrio dos juizes determinar as circumstancias attenuantes, e o que mais é, sem necessidade de expressal-as (LISZT, GEIB, MERKEL, GEYER, etc.).

Inconvenientes ainda maiores se notam no segundo systema, da discriminação taxativa, que não proporcionando elementos sufficientes para a individualisação da pena, só se adapta a uma construcção abstracta do crime, fóra da realidade. Esses defeitos mais se accentuam na nossa legislação, por isso que não admite modificação da pena ou que sejam ultrapassados os limites da gradação penal, verificadas as hypotheses previstas em outros codigos.

Evitando os escolhos a que levam esses systemas, o do codigo bavaro é o que proporciona melhores elementos para a determinação da culpabilidade e respectiva penalidade.

Fiel ao systema adoptado de tudo pesar e medir, como se tratasse de operações mathematicas, o nosso codigo enumera nos artigos 39 a 41 as circumstancias *aggravantes geraes*, isto é, as circumstancias que influem na culpabilidade, augmentando-a e em relação á maioria dos crimes previstos na parte especial, e nesta enumera as circumstancias *aggravantes especiaes*, que se adaptam só aos

crimes a que estão annexadas, como nos arts. 351 § unico e 402 § unico.

Além dessas circumstancias aggravantes, outros casos existem que são considerados tambem como circumstancias aggravantes, mas imprópriamente, por isso que são *elementos de aggravação* de certos crimes, elementos estes que são constituídos por circumstancias (algumas das quaes são aggravantes geraes e elementares) que, unidos a certos crimes, modificam a configuração dos mesmos, augmentando-lhes a penalidade *em abstracto*, sem, comtudo, transformal-os. Por ex.: a circumstancia de ser o agente do crime pae ou tutor da offendida, no caso de estupro, a de emboscada, a da surpresa, etc., no homicidio.

No art. 42, enumera as circumstancias attenuantes, isto é, as circumstancias que influem no sentido de diminuir a culpabilidade. Além destas circumstancias, encontram-se na parte especial outros casos, imprópriamente chamados de circumstancias attenuantes espeaciaes, por isso que são verdadeiros elementos de attenuação do delicto: são *escusas relativas*. Pela enumeração das circumstancias aggravantes e attenuantes geraes, se vê que procedem ellas de varias causas.

Entre os criminalistas classicos tornou-se tradicional a analyse que a respeito fez CLAUDIUS SATURNINUS, que mostra que de sete maneiras devem ser considerados os actos criminosos: *causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate et eventu* (Dig. 48, 19, de *poenis*, 16, §§ 1 a 10, fr. CLAUDIUS SATURNINUS).

Se bem que esta classificação não se ajuste exactamente com as dos codigos, que trazem um elenco de contingencias aggravadoras ou attenuadoras dos delictos, como o nosso, notando-se que algumas das contingencias ou circumstancias, que nelles figuram, podem ser determinadas por mais de uma das razões de classificação romana, a esta podemos reduzir as circumstancias enumeradas nos arts. 39 a 42, pelo seguinte schema, delineado por JOÃO VIEIRA:

CIRCUMSTANCIAS

	CAUSA	PESSOA	LOGAR	TEMPO	QUALIDADE	QUANTIDADE	EVENTO
ATTENUANTES	Art. 39, §§ 4 a 6 7 e 10	Art. 39 §§ 5, 9, 15 e 19	Art. 39 1, 2ª parte, 8, 12 14 e 16	Art. 39 §§ 1, 1.ª parte, 2 e 18	§§ 9 e 15	Art. 39 §§ 3, 11, 13 e 17. Art. 41 seus §§	
AGGRAVANTES	Art. 42 §§ 1 a 5 e 8	Art. 42 §§ 9, 2.ª parte e 11	Art. 42 § 3.º	Art. 42 § 9.º 1.ª parte	Art. 42 §§ 9, 2.ª parte e 11	Art. 42 §§ 6 e 7	Art. 42 § 10

299. — No art. 37 estatue o código que a circunstancia aggravante não influirá quando fôr *elemento constitutivo do crime*.

Algumas vezes, quando se trata de delictos cujos elementos constitutivos são complexos, podem as circumstancias tornar-se também constitutivas.

Neste caso, considerada uma dellas como facto principal, é em relação a esta que as outras são qualificadas meras circumstancias, ainda que o concurso de todas seja indispensavel para a existencia do crime. Assim, no caso de adulterio do marido, a circumstancia de ser commettido com concubina *teûda* e *manteûda*, é condição sem a qual o delicto não pôde existir (art. 279).

Como se vê, neste e em outros casos analogos, a circumstancia, deixando de ser um facto accessorio ou accidental do crime, perde a propriedade de agravar *em concreto* a pena, limitando-se, em regra, a compôr com os outros elementos, a figura do crime (figura tipo, ou uma modificação desta).

As circumstancias aggravantes constitutivas ou elementares são *explicitas* ou *implicitas*; aquellas vêm declaradas na qualificação ou definição legal do delicto, como a *fraude*, no defloramento; estas, não vindo declaradas, estão, entretanto, ahi virtualmente contidas, como a *fraude* na falsificação, o *abuso de confiança*, na apropriação indebita, o *ajuste* na sedição, etc. Admittindo esta distincção, o código portuguez dispõe que “as circumstancias indicadas como aggravantes deixam de o ser: 1.º Quando a lei expressamente as considerar como elemento constitutivo do crime; 2.º Quando forem de tal maneira inherentes ao crime, que sem ellas não possa praticar-se o facto criminoso punido pela lei (art. 40).

Procurando simplificar estas disposições, que tomou por fonte, o nosso legislador fundiu-as na disposição do art. 37, muito embora sem a precisão original.

Se nenhuma difficuldade ha em distinguir a circumstancia aggravante, como tal, da circumstancia aggravante quando elementar ou constitutiva, e explicita, porque esta vem mencionada expressamente na definição do delicto, o mesmo nem sempre acontece quando a circumstancia aggravante elementar fôr implicita, necessario sendo o exame attento da natureza do crime e da circumstancia occorrente para se verificar se assume o character de mera aggravante ou de elemento constitutivo do crime.

**Art. 38.** No concurso de circumstancias attenuantes e aggravantes prevalecem uma sobre outras, ou se compõem, observadas as seguintes regras:

§ 1.º Prevalecerão as aggravantes:

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.

§ 2.º Prevalecerão as attenuantes:

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 responsabilidade.

§ 3.º Compensam-se umas circumstancias com outras, sendo da mesma importancia ou intensidade, ou de equal numero.

300. — O codigo anterior nada dispunha sobre o concurso de circumstancias aggravantes e attenuantes, deixando á jurisprudencia a elucidação do assumto.

Mostrando a incerteza que a respeito reinava, e consequente necessidade de editar regras sobre a materia, diz o autor do codigo vigente: "Ficava a arbitrio do juiz, corrigido pela jurisprudencia, apreciar, em concurso de circumstancias, o valor de cada uma dellas, a sua influencia sobre a pena, a sua quantidade e qualidade. A compensação não obedecia a regras precisas; ora entendia-se que a quantidade prevalecia sobre a qualidade, ora que devia preponderar o elemento attenuante sempre que as circumstancias fossem *tantas* ou *taes*, que *quasi* justificassem o crime ou tirassem toda a força e valor ás aggravantes. O projecto de revisão estabeleceu certos preceitos para regular a preponderancia das circumstancias uma sobre outras, e a sua compensação, devendo prevalecer as aggravantes quando preponderar a maior temibilidade do criminoso, e as attenuantes sempre que o crime não fôr revestido de circumstancias indicativas de excepcional perversidade e o criminoso se achar em condições de não comprehender bem a extensão e consequencias de sua responsabilidade (art. 38). Pareceu-me que assim ficava sufficientemente modificado o systema do cod. de 1830 tão insinuado nos nossos habitos judiciarios e cuja estructura juridica convinha conservar."

301. — Duas hypotheses ha a considerar no concurso de circumstancias: a *preponderancia* e a *compensação*.

Para se saber quando ha preponderancia de circumstancia aggravantes sobre attenuantes ou vice-versa, o criterio a seguir, dado pelos §§ 1.º e 2.º do art. 38, é a *subjectividade do delicto*, isto é, o delinquente tal como se revela pelo delicto ou por sua vida progressiva ou conducta anterior (letras *a*, *b* e *d*), ou a *objectividade* do delicto (letras *a*, ultima parte, e *c*). A preponderancia das agrá-

vantes leva a pena ao gráo sub-maximo, como a das attenuantes ao gráo sub-medio (art 62 § 2.º).

Ha *compensação* quando o concurso fôr de circumstancias da *mesma importancia* ou de *igual numero* (§ 3.º do art. 38).

Quando a este ultimo caso, a disposição legal tem dado logar a justa critica. Se tivermos em vista simplesmente o numero, nota judiciosamente LIMA DRUMMOND, tem-se o empirismo da contagem dos elementos accidentaes dos crimes, substituindo o criterio scientifico da importancia e intensidade desses elementos. Ora, pesadas e não contadas devem ser as circumstancias aggravantes e attenuantes, para o fim da aggravação ou attenuação das penas.

Entretanto, nesse ponto de vista empirico se collocou o legislador, mas tão procedente a critica feita, que no Codigo Penal da Armada, approved e ampliado ao Exercito Nacional pela Lei n. 612, de 1899, não se encontra semelhante empirismo, sendo certo que os projectos de ambos os codigos foram redigidos pelo mesmo autor, o Dr. BAPTISTA PEREIRA.

MACEDO SOARES alvitra a solução de só prevalecer a regra da compensação pelo *igual numero* quando as circumstancias forem de igual intensidade e importancia, visto como a questão de numero é puramente material.”

E' solução accetavel, por isso que, sem transpor os limites da disposição legal, offerece um criterio mais seguro para a applicação da pena. Nesse sentido já decidia a revista n. 1.682, do extinto Supremo Tribunal, que não se avaliam as circumstancias, quer aggravantes, quer attenuantes, por seu numero e sim por sua *importancia* e resultado.

Quando houver compensação de circumstancias aggravantes e attenuantes, a pena deve ser applicada no gráo medio (art. 62 § 1.º).

**Art. 39. São circumstancias aggravantes :**

§ 1.º Ter o delinquente procurado a noite, ou o logar ermo para mais facilmente perpetrar o crime;

§ 2.º Ter sido o crime commettido com premeditação, mediando entre a deliberação criminosa e a execução o espaço, pelo menos, de 24 horas;

§ 3.º Ter o delinquente commettido o crime por meio de veneno, substancias anesthasicas, incendio, asphyxia ou inundação;

§ 4.º Ter o delinquente sido impellido por motivo reprovado ou frivolo;

§ 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;

§ 6.º Ter o delinquente procedido com fraude, ou com abuso de confiança;

§ 7.º Ter o delinquente procedido com traição, sorpresa ou disfarce;

§ 8.º Ter precedido ao crime a emboscada, por haver o delinquente esperado o offendido em um ou diversos logares;

§ 9.º Ter sido o crime commettido contra ascendente, descendente, conjuge, irmão, mestre, discipulo, tutor, tutelado, amo, domestico, ou de qualquer maneira legitimo superior ou inferior do agente;

§ 10. Ter o delinquente commettido o crime por paga ou promessa de recompensa;

§ 11. Ter sido o crime commettido com arrombamento, escalada ou chaves falsas,

§ 12. Ter sido o crime commettido com entrada, ou tentativa para entrar em casa do offendido com intenção de perpetrar o crime;

§ 13. Ter sido o crime ajustado entre dois ou mais individuos;

§ 14. Ter sido o crime commettido em auditorios de justiça, em casas onde se celebrarem reuniões publicas, ou em repartições publicas;

§ 13. Ter sido o crime ajustado entre dois ou linquente ao respeito devido á idade, ou á enfermidade do offendido;

§ 16. Ter sido commettido o crime, estando o offendido sob a immediata protecção da autoridade publica;

§ 17. Ter sido o crime commettido com o emprego de diversos meios;

§ 18. Ter sido o crime commettido em occasião de incendio, naufragio, inundação, ou qualquer calamidade publica, ou de desgraça particular do offendido;

§ 19. 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 effeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo.

**302.** — No art. 39 enumera o codigo, mas sem ordem, as circunstancias aggravantes geraes, isto é, circunstancias que influem na aggravação da pena e que podem adaptar-se á maioria das infracções. Dessas circunstancias são *subjectivas*, isto é, referentes

ao agente do crime, as dos §§ 2, 4 a 6, 9, 10, 13, 15 e 19; são *objectivas*, isto é, referentes á acção criminosa, as dos §§ 1, 3, 7, 8, 11, 12 14, 17 e 18.

Apreciemos cada uma per si e segundo a enumeração feita pelo código.

#### 1) NOITE E LOGAR ERMO

303. — Pelo § 1. do art. 39, é circunstancia aggravante “*ter o delinquente procurado a noite, ou o logar ermo para mais facilmente perpretar o crime.*”

Como se vê, trata-se nesta disposição de suas circumstancias, uma referente á *noite*, outra ao *logar ermo*, subordinadas embora á mesma condição — de serem procuradas pelo agente para mais facilmente realisar o crime.

O código anterior dizia simplesmente : “ter o delinquente committido o crime de noite ou em logar ermo (art. 16 § 1.º).”

Mas não fazendo distincção, se para alguns commentadores as aggravantes se reputavam integradas sem necessidade de investigar se a noite ou o logar ermo, isto é, solitario, entrava como accidente ou não do crime; para outros, desde que razão havia para distinguir, segundo os principios geraes em que se inspirou o código, qualquer dessas aggravantes só podia ser recónhecida desde que a noite ou o logar ermo fossem procurados especialmente pelo agente para a realisação do crime.

O código vigente dirimiu a controversia.

E' necessario que a noite ou o logar ermo tenha entrado no calculo do delinquente, que assim revela maior perversidade, procurando em taes condições comméttter mais facilmente o crime, colhendo a victima em situação de não poder se defender efficaçmente ou recorrer ao auxilio de outrem, e ao mesmo tempo procurando a impunidade, impedindo ou difficultando a acção da justiça. E' o que BENTHAM chama clandestinidade do delicto, que produz maior alarma.

O espirito, diz elle, procura desde logo comparar os meios de ataque e os meios de defesa e conforme se julga o crime mais ou menos facil, a inquietação é mais ou menos viva.

O alarma é maior quando pela natureza ou circumstancias do delicto, é mais difficil descobri-lo ou de reconhecer o seu autor.

Se o delinquente fica desconhecido, o successo do crime é um encorajamento para elle e para os outros: não se vê limites para os delictos que ficam impunes e a parte lesada perde a esperança de uma reparação.

Divergencias se notam ainda quanto á significação da palavra — *noite*. No silencio do código, que não define, discute-se se a palavra deve ser tomada na accepção absoluta ou *physico-astronomica*,

ou na accepção relativa ou *psycho-sociologica*, alli significando o tempo em que ha obscuridade ou trevas, e aqui o tempo de repouso nocturno segundo os costumes locaes. Os que admittem esta ultima accepção, allegam que o criterio physico-astronomico é puramente formal e arithmetico, ao passo que o outro tem um conteúdo substancial e correspondente á razão de ser da aggravante (LISZT, MEYER, HALSCHNER, BERNER, FLORIAN, CARNOT, etc.).

Os que adoptam o criterio physico-astronomico, allegam que todos os factos accidentaes que se produzem commummente durante as horas da noite, como os trabalhos interrompidos, o retiro dos homens para suas habitações, as ruas, os caminhos e os campos desertos, o repouso e o somno para a maior parte das creaturas, são consequencias do phenomeno natural da obscuridade. Não é senão no seio das trevas que o criminoso pôde ficar desconhecido, que seus passos são cobertos e protegidos, que elle espalha um terror de que tira um proveito.

Desde que uma luz briiha no horizonte, todos os soccorros que obtinha da noite desapparecem; elle pôde ser visto ou reconhecido, os projectos trahem-se, o perigo já não é o mesmo ou desapparece. A aggravante tem, pois, sua razão de ser ligada ao phenomeno das trevas.

De outro lado, o criterio psycho-sociologico, por sua extrema relatividade, não offerece segurança de orientação, por isso que daria em resultado poder em uma mesma localidade ser um dia juridico e ao mesmo tempo noite juridica, bastando para isso que, em diferentes bairros ou quarteirões não tenham todos por uso ou costume recolherem-se ás mesmas horas ás suas habitações (ORTOLAN, GARRAUD, HELIE, etc.).

Indaga-se qual é o gráo de escuridão necessario para que se possa dizer que é completa a ausencia da claridade solar, e tenhamos assim definida a noite.

Se para uns, a noite deve comprehender o tempo em que o sol se acha occulto, isto é, o espaço de tempo comprehendido entre o seus apparecimento e desapparecimento no horizonte (DUVERGER); para outros, mais consentaneamente com o fundamento da aggravante, a noite é o tempo em que reina ausencia total da claridade solar, e que vae do expirar do crepusculo da tarde ao começar do crepusculo da manhã, porquanto são as horas das sombras e da obscuridade que têm necessidade de ser collocadas sob uma protecção mais energica da lei (ORTOLAN, CHAUVEAU e HELIE, etc.).

Ha um uso social, diz MACEDO SOARES, que bem caracteriza a noite: é o accender das velas nas salas e dos lampões nas ruas.

E' desde então que começamos a sentir necessidade da luz artificial para exercer o sentido da vista, e desde então é que apparecem a razões individuaes e sociaes que dão á noite aquelle caracter de gravidade; que a colloca sob a mais energica attenção da lei." E'

nesta accepção que deve ser tomada a palavra noite, para os effeitos penaes, e é nesse sentido que o código penal belga a considera (art. 478).

E' de notar que a noite nem sempre constitue circumstancia aggravante, isto é, facto com influencia na penalidade em concreto, por isso que entra a constituir elemento de certos crimes (arts. 196 e 357), como pôde constituir elemento de justificativa (art. 35 § 1.º).

Egualmente o *logar ermo* deixa de constituir aggravante quando é elemento do crime (art. 292 § 1.º), ou quando a publicidade é razão da incriminação do facto (art. 316).

E' por isso que o código penal portuguez, art. 34, n. 19, considera aggravante — “ter sido commettido o crime de noite, se a gravidade do crime não augmentar em razão de escandalo proveniente da publicidade.”

Com ORTOLAN é de notar que não se deve confundir as expressões: “delicto commettido publicamente”, e “delicto commettido em logar publico”. Pôde acontecer que um delicto em logar publico não o seja publicamente, se o logar fôr deserto, se ninguem foi testemunha do facto, que se tornou secreto, no entanto pôde acontecer, ao contrario, que um delicto commettido em logar privado o seja publicamente, se este logar era exposto aos olhares do publico, ou se o facto foi commettido deante de um numero de pessoas e em circumstancias sufficientes para constituir a publicidade.

### 304. — Jurisprudencia brasileira.

I. — A noite só pôde ser considerada circumstancia aggravante, quando se prova haver sido procurada como meio de facilitar o delicto (*Accordams do Supremo Tribunal Federal*, de 30 de janeiro de 1910 e de 5 de julho de 1911).

II. — Se ha delicto em cuja perpetração seja incontestavelmente efficaz a aggravante da noite, é o de moeda falsa; é evidente que a luz artificial muito pôde favorecer a quem pretende fazer passar por boas e verdadeiras notas falsas (*Accórdam do Supremo Tribunal Federal*, de 15 de julho de 1911).

III. — As aggravantes da noite e do logar ermo devem ser formuladas em quesitos separados (*Accord. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 7 de outubro de 1892).

IV. — A circumstancia attenuante da menoridade prepondera sobre a circumstancia aggravante da noite (*Accord. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 7 de dezembro de 1894).

305. — Jurisprudencia estrangeira.

FRANCEZA

Entre le *coucher du soleil* et la *nuit*, il existe le *crepuscule* du soir comme entre le *point du jour* et le *lever du soleil*, il existe le *crepuscule* du matin, qui durent l'un et l'autre pendant que soleil parcourt dix-huit degrés, nous éclairant pendant chacun de ces intervalles de temps, non plus de rayons directes, parce que le soleil n'est plus ou n'est pas encore sur notre horizon, *mais toujours de ses rayons réfractés dans l'atmosphère et réfléchis sur nous*; en sorte que la matin il n'est plus nuit, il est déjà jour, que le soleil n'est pas encore levé, et le soir, il n'est pas encore levé, et le soir, il n'est pas encore nuit, il fait encore jour, et pourtant le soleil est couché. Il faut effacer du *Dictionnaire de la langue française* les mots de *crepuscule*, *d'aube*, *d'aurore* et de *point du jour*, ou il doit rester certain que l'intervalle que separe le coucher du lever du soleil n'est pas tout rempli par la nuit, puisque, entre la nuit, on compte, encore, dans cet intervalle, et le *crepuscule* du soir et le *crepuscule* du matin. Un vol commis dans *l'un* ou *l'autre* de ces *crepuscules* n'est donc pas commis la *nuit*, quoiqu'il soit commis après le coucher et avant le lever du soleil (*Cour de Nimes*, 7 mars 1829).

HESPANHOLA

II. — Si hay indeterminación respecto de la hora en que se cometió el delito, deve prescindir-se de la circunstancia de nocturnidad. Pero si el Tribunal asegura que se buscó la noche para cometerlo, la indeterminación de la hora no excusa la aplicación de dicha circunstancia (*Tribunal Supremo*, 4 agosto, 10 noviembre 1887).

III. — Es despoblado un lugar en que no consta que haya población, ni tampoco concurrencia de gentes (*Tribunal Supremo*, 9 mar. 1883).

IV. — La circunstancia accidental de que por ser día festivo pasara mayor o menor número de personas por el camino que llevaba el interfecto y siguió el agresor, no obsta para que se estime como despoblado el lugar del crimen, estando fuera y á distancia del pueblo (*Trib. Supremo*, 9 en. 1884).

V. — La soledad y poco frecuentado paso de un sitio debe reputarse com despoblado (*Trib. Supremo*, 8 jul. 1884).

VI. — No es de apreciar la circunstancia del despoblado, quando no fué buscada de proposito por ele procesado (*Trib. Supremo*, 9 mayo 1887).

VII. — Las circunstancias de nocturnidade y despoblado, si concurren reunidas en un mismo hecho, sólo pueden apreciarse como un motivo de agravación para la graduación de la pena, por estar las dos comprendidas en un sólo número del art. 10 del Código Penal (*Trib. Supremo*, 11 noviembre 1890).

### 306. — II) PREMEDITAÇÃO.

No § 2.º do art. 39, occupa-se o código da *premeditação*, circumstancia aggravante que considera de importancia accentuada, por isso que faz della circumstancia qualificativa do homicidio.

Se grammaticalemnte *premeditação* compõe-se da particula *pre*, que denota anterioridade de tempo, e do verbo *meditar*, que significa pensar, reflectir, e, assim, premeditar é reflectir sobre uma acção antes de realisal-a, no dominio do direito penal o conceito não tem sido uniformemente fixado.

Na lição de CARRARA, seguido por uma torrente de classicos, para haver premeditação, que representa o primeiro e mais elevado gráo do dolo, não bastá pensar ou reflectir sobre o crime, mas é necessario um designio ou uma determinação friamente amadurecida no animo, uma *freddeza del calcolo*, junto á perseverança da vontade má, graça ao lapso de tempo que decorre entre a determinação e a acção. Dahi como elementos essenciaes da premeditação: o *psychologico* (frieza e calma de animo), o *ideologico* (reflexão), o *chronologico* (tempo entre a determinação e a acção). E' sob essa concepção que CARMIGNANI definia o homicidio premeditado — "*occidendi propositum, frigidum pacatoque animo susceptum, moram habens atque occasionem querens, ut crimen veluti exoptatum finem proficiat*", e recentemente ALIMENA dá da premeditação em geral a seguinte definição: "uma forma de volição que surge na calma do animo e se desenvolve durante uma série de estados de consciencia semelhantes, revelando melhor o character do delinquente."

Dados esses elementos, a premeditação se considera como aggravante, segundo CARRARA, pela maior difficuldade que tem a victima de defender-se de um inimigo, que friamente calculou a aggressão; segundo outros, a aggravante se funda na maior perversidade revelada pelo agente.

Neste sentido, considera BENTHAM a premeditação como indício de um character perigoso.

"O tempo, diz elle, é particularmente favoravel ao desenvolvimento dos motivos tutelares. No primeiro assalto de uma paixão, como em uma rajada de tempestade, os sentimentos virtuosos podem dobrar um momento; mas, se o coração não está pervertido, a reflexão lhes dá a sua primeira força e os restabelece em triumpho... Se passou um tempo assaz longo entre o projecto do crime e seu

cumprimento, é uma prova não equivocada de que a maldade amadureceu e consolidou-se.”

Cingindo-se a esta concepção da premeditação, fazendo-a repousar na calma ou frieza de animo, e indicando maior perversidade do delinquente, o nosso código anterior a definia como “designio formado antes da acção de offender individuo certo ou incerto, desde que entre o designio e a acção decorressem mais de vinte e quatro horas (art. 16, § 8.º).

Em substancia é o mesmo conceito que dá o código penal francez, seguido pelo sardo, art. 528, portuguez, art. 352, de Neuchatel, art. 156, de Valais, art. 215.

Na phrase pessoal e viva do nosso antigo legislador, nota E. DURÃO, como que vemos descripto o delinquente em scena, gizando primeiro o seu sinistro plano e pondo-o depois em acção contra este ou aquelle individuo, pintura conseguida com a referencia feita não só ao delinquente, como á victima, e com o emprego da palavra *designio*, de algum modo inchoativa, e do verbo offender.”

307. — Segundo outra concepção, delineada pelos amigos praticos italianos, como CLARUS e outros, e seguida por diversos criminalistas modernos, para haver premeditação bastante é que haja *deliberação*, isto é, resolução perseverante de commetter o crime, sem necessidade, porém, da frieza de animo, ou de designio, isto é, de determinação friamente amadurecida no animo, devendo, entretanto, occorrer certo lapso de tempo entre a deliberação e a execução.

E' neste sentido que CLARUS definia o homicidio premeditado: “*ex proposito dicitur committi homicidium, quando quis aggreditur alium proevia animi deliberatione ex intervalla precedenti, et illum interfecit.*”

Admittindo esta concepção, IMPALLOMENI mostra que a premeditação se integra independentemente da meditação a *sangue freddo*, bastando a reflexão e o decurso de tempo, condições para extremar a acção premeditada da acção repentina. Sensível é a differença das duas condições, com alcance pratico.

O código penal allemão, art. 211, faz consistir o homicidio premeditado ou assassinato na morte executada com *reflexão*.

Caracterisando tambem a premeditação pela reflexão, vemos os códigos de Lucerna, § 152 e de Basileá, § 100.

O nosso código vigente segue essa concepção, prescindindo da condição da frieza de animo, o que resalta da fórmula do § 2.º do art. 39, onde em vez de se empregar o termo *designio*, como fazia o código anterior, usa-se do termo *deliberação*, que tem significação differente.

Na *deliberação*, tem-se um acto intellectual complexo, sob o influxo da vontade, comprehendendo: a) concepção de dois actos contrarios, entre os quaes é preciso escolher; b) concepção das ra-

zões de ordem intellectual (*motivos*), ou de ordem sensível (*móveis*), que intervém pró ou contra o acto a executar; c) exame e comparação desses motivos ou móveis, momento que constitue a deliberação propriamente dita; d) juízo ou reconhecimento da superioridade de um delles no ponto de vista particular.

O designio denota a resolução, isto é, a escolha entre as diferentes alternativas, sobre que versou a deliberação, e opção por uma dellas; por outra, denota um plano assentado, um plano formado com calculo e frieza. Assim, se para o código de 1830, a premeditação se caracterisava pelo designio ou resolução formada 24 horas antes da execução do crime, para o código vigente bastante é que esse espaço de tempo se verifique a partir da deliberação criminosa, isto é, da reflexão sobre o commettimento do crime.

O legislador se afastou, pois, da doutrina de CARRARA, segundo a qual a deliberação constitue o segundo gráo do dolo, quanto á sua intensidade, por isso que apresenta a perseverança da vontade iná, mas não a frieza de animo, que constitue o primeiro gráo ou a premeditação.

308.— Segundo o art. 39, § 2.º, a premeditação requer os seguintes elementos: a) deliberação criminosa; b) tempo de 24 horas, no minimo, entre a deliberação e a execução do crime.

A deliberação importa, como vimos (n. 307), reflexão sobre o fim criminoso; e, por isso, suspensão da execução do delicto, cuja realisação virá depois. Na suspensão da execução, temos, diz IMPALLOMENI, o criterio unico para reconhecer, ou melhor, presumir, até prova contraria, existente o trabalho da reflexão sobre o proposito fixado de commetter o delicto.

Suspender, vale o mesmo que dar logar a uma relação de descontinuidade entre a resolução (para o nosso código deliberação) e a acção, de modo que o crime seja, não o effeito immediato do impulso criminoso, mas de um impulso que na consciencia tenha sentido uma parada antes de traduzir-se em acção.

A descontinuidade fica constatada pela pratica de actos extranhos, ou como diziam os praticos — *diverti ad extraneus actus*.

E' um criterio classico seguro, mas insufficiente, nota o mesmo criminalista, por isso que pôde não occorrer a pratica de actos extranhos sem que haja continuidade de actos.

Por exemplo, no caso de quem resolve matar alguém e ponha-se em certo tempo em emboscada á victima, sem que esta appareça.

O agente não se entrega a actos extranhos, por isso que a emboscada é ligada ao acto homicida, mas não ha continuidade de actos, pela inacção em que fica o agente, esperando o inimigo, descontinuidade reconhecivel pela possibilidade de nesse tempo de espera o agente seguramente entregar-se á reflexão sobre o proposito homicida.

Não se requer a *freddeza di animo*, na concepção assim adoptada pelo código, porque rarissimos são os casos em que o delinquente se possa achar em semelhante estado psychico, que é muito relativo, sabido como é que as idéas raramente dominam os estados de consciencia que se succedem no individuo, e antes frequentemente vêm associados a emoções mais ou menos intensas, ou são por estas formadas, sendo a passagem ao acto tanto mais facil e rapida, em regra, quanto mais consideravel fôr o fluxo affectivo que acompanha a idéa.

Dahi a triplice classificação delineada por RIBOT idéas acompanhadas de uma emoção intensa, passando immediatamente á acção (esses actos se approximam das acções reflexas); idéas acompanhadas de um estado affectivo mais moderado; finalmente, idéas abstractas, nas quaes a tendencia para a acção e para a realisação não existe, por assim dizer, de modo algum.

Precedida ou acompanhada de emoção mais ou menos intensa e duravel, se apresenta sempre a idéa criminosa, de sorte que a frieza de animo, á parte o figurado da expressão, apenas pôde denotar o estado de consciencia em que á idéa do crime vem associada uma emoção muitissimo moderada, o que só excepcionalmente pôde acontecer.

309. — Não é necessario que se prove que a premeditação versou sobre todas as particularidades da acção criminosa, e sim sobre os pontos essenciaes. Pretender o contrario, diz LEGRAND, daria em resultado considerar como não premeditados crimes que realmente o são, sob pretexto de que o logar ou as armas não tinham sido determinados, além do outro inconveniente mais pratico, de tornar de insuperavel difficuldade uma prova já pouco facil de fazer.

Quando, porém, possivel, deve-se fazer a prova das circumstancias accessorias, como meio muitas vezes de grande valia para constatar o elemento psychologico da premeditação.

Assim, já os praticos italianos admittiam a prova da premeditação resultante do facto de preparar armas, ou certas armas mais particularmente, de ter vendido os bens, liquidado os negocios, de ter procurado cúmplices, que foram levados até o logar do crime, de haver executado o crime de tal ou qual maneira, fazendo determinado ferimento.

Certamente, o estudo do character e comportamento do agente, seus actos e gestos, antes e depois do crime têm grande importancia para fazer a prova da premeditação. BENZ considera tambem acção premeditada a que se commette com astucia e calculo, de caso pensado ou surpresa; o homicidio simples, pelo contrario, é muitas vezes uma acção commum. Pelo que diz respeito ainda ao modo de execução do crime, é circumstancia que ALIMENA considera de es-

pecial valor para caracterizar a premeditação, criterio que deve ser relacionado ao dos motivos determinantes do crime.

Denota, não ha duvida, maior perversidade, não só quem forma reflectidamente a resolução criminosa, sob o influxo de motivo anti-social, como tambem na execução procede insidiosamente ou não contente de matar, submete ainda a victima a tormentos ou sevicias.

310. — Quanto ao *tempo*, o nosso codigo exige que entre a deliberação e a execução do crime decorra, pelo menos, o espaço de 24 horas. Egualmente dispõem o nosso anterior codigo, o portuguez, art. 352, o regulamento penal pontificio de 20 de setembro de 1832, art. 284, a lei penal napolitana de 20 de maio de 1808, art. 5. A maioria dos codigos vigentes não faz qualquer delimitação de tempo, entendendo, e muito bem, como arbitraria a que se pretendesse estabelecer, que, além disso, só redundaria em proveito dos peiores criminosos.

Certo que deve medear um tempo apreciavel entre a deliberação e a execução do crime, sem o que passaria á categoria menos grave de crime de impeto; mas não ha criterio algum por onde se possa determinar *á priori* a formação da deliberação para computação do tempo, pois tudo depende da influencia de circumstancias varias e da idiosyncracia de cada homem.

Numerosas e imperceptiveis differenças separam os homens entre si, e de outro lado, acções diversas podem exercer uma mesma influencia em um só homem, segundo o seu estado de espirito, o seu meio, as circumstancias tão varias, nas quaes se póde encontrar. Dir-se-á, pergunta LEGRAND, que o tempo determinado fica avaliado pela media dos homens, collocados em circumstancias ordinarias? Mas, de um lado, o estado actual da psychologia não apresenta base alguma, sobre a qual possamos estabelecer essa média, e é mesmo duvidosa a possibilidade de determinar-se essa base para o futuro.

Demais, suppondo que se resolva essa difficil questão, novamente nos achemos em presença de um outro problema psychologico, talvez mais complicado; a classificação de um determinado individuo acima ou abaixo dessa média.

Seria necessario ainda para estabelecer essas cifras e impulsos criminosos mais communs, imitar a legislação romana, que concedia seis horas para acalmar o sentimento de uma offensa corporal, julgando, porém, esse tempo insufficiente para os attentados á honra, para os quaes concedia mais alguns dias. Quantas disposições novas e complicadas viria membaraçar os codigos! e quantas probabilidades de erros e de injustiças decorreriam desse summo de legalidade!" Sómente as circumstancias do facto podem elucidar a questão, pelo que, ao prudente arbitrio do juiz devia ser ella entregue, solução unica racional e que melhor attende á realidade, aos interesses em jogo, e adoptada pela generalidade dos codigos. "O tempo, diz CAR-

RARA, é um critério complexo que não se pôde determinar *a priori*. O intervalo de tempo deve antes ser *pesado* do que *medido*. Em uma palavra, depende de uma complexidade de circunstancias, que cumpre necessariamente confiar á prudencia do juiz". Para o nosso código, porém, muito embora elaborado em tempo recente, o critério é de medir o que não pôde ser medido e antes pesado.

311. — Para se determinar a premeditação, segundo o nosso código, não se tem em conta o motivo da acção criminosa, bastando sendo a perseverança da vontade no lapso minimo de 24 horas.

Contra esta intuição classica, os recentes estudos de psychologia criminal têm posto em evidencia que a perversidade advem sempre do motivo da acção criminosa, e em determinados casos tambem de sua execução, pelo que a aggravante da premeditação não tem razão de ser.

A *freddeza di animo*, como quer CARRARA, ou a *reflexão* tão sómente, como querem outros, não é sempre indicio de perversidade, mas questão de temperamento individual.

A experiencia mostra delinquentes perversos que commettem graves violações do direito sem premeditar, antes repentinamente, e individuos que, embora gravemente offendidos, não reagem immediatamente, mas depois de certo tempo e depois de ter meditado na sua acção.

HOLTEZENDORF mostra que a culpabilidade deve ser medida segundo a qualidade dos motivos e a intensidade do dolo, e não sómente por esta ultima circumstancia, doutrina aceita por MANCINI, PUGLIESE, TARDE, ALIMENA, PUGLIA, GAROFALO e muitos outros.

ALIMENA vê especialmente no motivo e no modo de execução do crime o critério para se ajuizar da perversidade do agente, e só no caso de coincidir o motivo em dois delictos, entende se levar em conta a premeditação como aggravante, e ainda sómente nos attentados contra a vida e a pessoa.

Mostrando tambem não se distinguir o homicidio de impeto do homicidio premeditado, diz IMPALLOMENI, que a ausencia de motivos tutelares ou a fraqueza de sua força inhibitoria no periodo da premeditação, equivale á ausencia ou á fraqueza dos motivos tutelares no delicto de impeto, uma vez que de uma parte se chega ao mesmo effeito do homicidio, e de outra parte se tenha identidade nos motivos determinantes do homicidio, e por isso mesmo não ha differença da malvadeza do agente. Para o mesmo criminalista, a differença unica assenta no modo de agir, em um caso, depois de certo tempo de formada a resolução, em outro consecutivamente á mesma resolução. Dahi porque considera a premeditação circumstancia *material* ou *real*, e não *personal*, uma vez que não passa de uma modalidade da acção criminosa, de uma característica desta, e não circumstancia inherente á pessoa, desta inseparavel.

Por sua vez PUGLIA nota que o voto da sciencia é para que seja eliminada a circumstancia aggravante da premeditação e substituição pela da perversidade do motivo.

312. — O codigo não reproduz a clausula incerta do art. 16 § 8 do anterior codigo, de ser a acção premeditada dirigida tambem contra *individuo incerto*, mas isso não importa exclusão dessa possibilidade de fim, e sómente para evitar erronea intelligencia de se restringir a premeditação aos crimes contra a pessoa.

Admittem a premeditação no homicidio de pessoa indeterminada os codigos francez, art. 297, fonte do nosso anterior, belga, arts. 392 e 394, ticiense, art. 290.

Como bem nota IMPALLOMENI, “o essencial não é que se medite a morte de uma determinada pessoa, mas de uma pessoa; objecto da protecção da lei é a vida humana, e logo não ha razão de cogitar de maior tutela para o caso em que o proposito homicida se dirija contra uma determinada pessoa, e não tambem contra uma pessoa determinavel no momento da acção.”

“Assim, diz ROGRON, haveria premeditação no arremettimento de um individuo que o delinquente não conhece, mas que encontrasse no seu caminho, se estivesse armado e com o designio de matar a todo aquelle que encontrasse e se oppuzesse a seus projectos.”

Para o nosso codigo, haveria premeditação em casos taes, decorrido que fosse o tempo minimo de 24 horas entre a deliberação e a execução do crime.

Questão analoga se apresenta na premeditação *condicionada*, isto é, quando o agente decidiu matar, mas faz depender a execução do seu proposito da verificação de um factio por elle previsto. Em tal caso, diz PESSINA, faz-se depender a execução do crime de uma condição prevista como parte integrante do mesmo intuito de matar, o que differe do caso em que o proposito fica incerto e dependente da verificação de dada condição. Assim, exemplifica IMPALLOMENI, condicionado seria o homicidio no caso da joven que, seduzida e abandonada, decide matar o seductor se persistir recusar ao casamento reparador. Ao envez, dependente do evento seria o proprio intuito homicida, e não a sua execução, no caso do camponez que se postasse em seu campo, armado, para matar aquelle que viesse furtar seus productos.

No primeiro caso, a previsão do evento suspende sómente a execução do proposito homicida, e a verificação do evento previsto fixa apenas o momento da execução, posto que no outro caso a verificação do evento é a causa determinante do homicidio. Admittindo a premeditação condicionada, temos o codigo francez, declarando expressamente, no art. 297: “mesmo quando dependesse (o designio) de alguma circumstancia ou condição”, e egualmente os codigos belga, ticiense e portuguez.

CARRARA distinguindo o caso em que o evento causativo da determinação definitiva é um facto injusto por parte do morto, por exemplo, a violação do domicilio, as relações adulterinas, do caso em que o evento não é facto injusto do morto, só admite a premeditação condicionada neste ultimo, por isso que a morte não se devendo referir senão a uma precedente causa, toda propria do animo máo do agente, cultivada com frio calculo, tem-se, então, premeditação verdadeira, ao passo que no primeiro caso, a determinação de matar assume o character de *positiva* sob o imperio de uma injusta causa, mas actual. Observa, porém, IMPALLOMENI que tal distincção não offerece um criterio sufficiente, antes fallaz, por isso que se póde ter tambem uma determinação positiva de matar anterior ao facto injusto do morto, previsto pelo agente, e tal é o caso da joven seduzida, e de outro lado, tambem com um facto justo do morto, previsto pelo agente quando concebeu o pensamento homicida, se póde ter um homicidio de impeto, e não premeditado.

Supponha-se que, em virtude de uma penhora justa, o devedor concebe odio mortal contra seu credor, mas não procura matal-o, na esperança de que elle não leve os bens á hasta publica.

Frustrada, porém, tal esperança, procura seu credor e o mata.

Aqui é o facto temido e superveniente que determina o agente a matar: a determinação não existia antes, porque era simples causa de aversão que não bastava para decidir o agente, por isso que era insufficiente, sendo a temida execução que o decida. Assim, a regra não póde ser senão a da certeza ou incerteza do proposito anterior, e constatar-se segundo as circumstancias do facto.

313. — Outra questão é se o erro, quer na fórmula da *aberratio ictus*, quer sobre a identidade da pessoa da victima, exclue a premeditação.

Os praticos não estavam de accôrdo, uns reputando casual o homicidio — *non potest dici in dolo fuisse cum non intendebat personam quam occidit sed in ea erravit* (MENOCCHIO, CARRERIUS); outros que o erro não impedia a intenção de matar com premeditação — *sufficit animum occidendi si non especie saltem in genere* (FARINACIO, JOUSSE, LEYER, ARMELLINI); outros, occupando intermedia posição, que o erro não impede a intenção de matar, mas exclue a premeditação — *Bene verum est quod respectu istius homicidii cessat qualitas animi deliberati* (CLARUS, VAN BERKHOUT). Uniformidade tambem não ha entre os tratadistas modernos, mas bem pesadas as razões pró ou contra, de maior peso são as que são adduzidas pela admissibilidade da premeditação. Opinando contra, diz PESSINA que uma coisa é a violação, outra a premeditação, ao que redargue IMPALLOMENI que se a violação tem a característica de ser premeditada, não se concebe como possa perder tal característica só porque a victima seja diversa daquella que se queria

matar. Não procede ainda o argumento pelo primeiro ainda adduzido de que “l'uomo ucciso per errore di persona non é caduto vittima per effetto del mandato o per essersi sopra di lui premeditata l'uccisione, ma per l'errore o per l'aberrazione del colpo”, porque cahe victima por effeito de um designio premeditado de matar: eis o facto.

E se pela premeditação visava um antes que outro, isso é indifferente perante a lei, porque esta não agrava a responsabilidade do agente por ter premeditado matar Caio ou Sempronio, mas por ter premeditado matar um homem; do mesmo modo que o puniria igualmente por homicidio por impeto — e nisto concorda PESSINA — se morto fosse Ticio em vez de Sempronio.

ALIMENA faz uma excepção apenas para o caso em que se mude a objectividade do crime, por exemplo, em que se mate um extranho em lugar do pae ou vice-versa, excepção que PUGLIA admite sómente para a segunda hypothese.

Procura-se ainda argumentar, no caso da *aberratio*, com a occorrença de dois delictos, um doloso e outro culposo; mas tal duplicidade real de delictos não existe, porque o erro sobre a pessoa não é esencial, mas accidental, não influido, por isso, sobre o elemento moral do delicto, que é unico, a intenção de matar uma pessoa, e, assim, tendo-se uma unica intenção criminosa não se póde na mesma acção reconhecer uma pluralidade de delictos. Em uma mesma acção se póde reconhecer uma pluralidade de delictos, quando concorrem os elementos de mais delictos, isto é, uma pluralidade de lesões juridicas e de intenções delictuosas. O erro póde occorrer, não sobre a pessoa, mas sobre o modo pelo qual se effectua a morte.

E' o caso, diz CARRARA, em que a morte do inimigo, querida e premeditada, seja conseguida com meios diversos dos que o agente se mune, e com os quaes julga ter obtido o seu fim.

Trata-se de uma hypothese especiosa, mas não difficil de realizar-se. Ticio agride, com pancadas, o inimigo, estende-o ao sólo, e convicto de tel-o morto, para occultar o crime, atira-o ao rio. Retirado depois o cadaver, se verifica que a morte resultou da submersão, e não das pacadas.

CARRARA entende que no caso ha um homicidio premeditado imperfeito ou tentativa, com relação ao primeiro periodo, e um homicidio involuntario no segundo periodo, porque o individuo foi lançado vivo no rio, julgado morto, não tendo, logo, o agente a intenção de matar, solução justamente impugnada por IMPQLLOMENE PUGLIA e outros, que só vêm no caso um homicidio premeditado, por isso que havendo intenção homicida, no primeiro periodo, no segundo não se faz mais do que realizar por outro modo aquillo que se queria fazer.

Tratando das diversas especies do dolo, ao commentarmos o art. 24, vimos que o chamado *dolus generalis*, que ocorre na hypothese figurada por CARRARA, não tem procedencia alguma.

314. — Inquire-se se ha compatibilidade entre a premeditação e o estado passional. Para comprehensão exacta da questão, é de se ter em vista a distincção entre a paixão e a emoção (n. 243), distincção que, olvidada por muitos criminalistas, fel-os esposar solução erronea no caso.

Para a maioria dos que assentam a premeditação na frieza do calculo, incompatibilidade existe entre esse estado psychico e o da paixão.

Se a paixão não agiu em todo o tempo da formação do desígnio até a execução do crime, mas em determinado lapso de tempo, fazem uma triplice distincção, que BERNER assim expõe :

1.º — Se o projecto se origina sob uma influencia passional, mas a execução se realisa com calma, o crime é premeditado, porque a calma, no ultimo momento, dissipa a influencia passional.

2.º — Se a resolução é formada com calma, mas a execução se realisou sob a influencia da paixão, não ha premeditação.

E' a paixão que impelliu á execução.

3.º — Se, ao contrario, a paixão não age, nem como causa determinante, nem como excitante da execução, e influe ligeiramente sobre a mesma execução, não póde haver a menor duvida sobre a existencia da premeditação.

Divergindo dos autores que assim encaram a questão, CARRARA diz ser uma verdade psychologica positiva a compatibilidade da premeditação com a paixão, e sua junção pratica está verificada positivamente pela experiencia.

Uma não destróe outra, por isso que as condições da respectiva existencia são independentes. A vida da paixão é toda interior na alma. A vida da premeditação deriva de certo modo da sua relação exterior com o tempo e com as circumstancias.

Podendo coexistir, como a perturbação trazida pela paixão torna precipitados os calculos do agente, menos exactos e seguros, e assim mais sujeito a illudir-se, uma razão politica occorre para differenciar o crime commetido neste estado daquelle em que reina a calma, a frieza de animo, e dahi o crime *deliberado* e o crime premeditado, este punivel com pena mais rigorosa, e o deliberado menos, attenta a pressão continuada do affecto prepotente que perturbando a razão, degrada a força moral subjectiva do delicto. Para os que fazem consistir a premeditação na reflexão, a compatibilidade entre esse estado e o passional é indiscutivel. Argumenta-se que a paixão, embora occasionese perturbações assignalaveis, não transcende os limites do physiologico, não entra no quadro pathologico, constituindo antes uma energia que concorre para sustentar a luta pela vida.

Longe de impedir a reflexão, o calculo sobre o crime, facilita-os, por isso que, diz IMPALLOMENI, os fortes excitamentos têm de peculiar aguçar a intelligencia e estimular a actividade para satisfazer o que se deseja. Uma maior energia da actividade psychica e das faculdades de adaptação é a consequencia do estímulo das paixões. Dahi porque o estado de atenção é tanto mais intenso, e em razão directa da energia das sensações. Não é exacto que a paixão tenha dominio absoluto sobre todo o ser cerebral, como pretende LETOURNEAU, porquanto essa affirmação, diz ZIINO, importa no exaggero de converter um factu ordinario, e até certo ponto anormal, em phenomeno ou processo pathologico, convertendo a paixão em uma obsessão constante e fatal do entendimento, abolindo-se assim os limites enter o delicto e a desgraça, entre a obra malefica mais ou menos espontanea de um agente, que pôde se achar em estado de agitação, e o effeito desgraçado de uma vontade encadeada pela enfermidade. Se a maxima parte dos homens de uma dada época, de um dado paiz, goza do poder de refrear, nos limites do compativel, as tendencias ingenitas para não prejudicar a própria saude corporea e psychica, e não perturbar a tranquillidade alheia, isso significa que tal factu é finalmente *natural, physiologico, organico*, e, como tal imperioso é pratical-o para toda a pessoa sã.”

A pretendida obsessão intellectual do delinquente no estado passional, pondera IMPALLOMENI, está em perfeita contradicção com a experiencia de todos os dias em que vemos muitos, potentemente invadidos por uma paixão, capazes de attender com calma e com atenção ás proprias occupações e perfeitamente respeitosos das exigencias e das conveniencias sociaes.

Estes homens diligenciam não antepôr o desejo vivo que os possui ás normas de conducta: o motivo que os impelle á satisfação do bem vivamente desejado é então vencido pelos motivos que o determinam a modelar a propria acção.

Porque esta faculdade que têm os homens honestos de ponderar e reflectir deveria faltar aos malfeitores ?

Não é a faculdade que lhes falta, mas a energia moral de resistencia á determinação de delinquir; falta isso que distingue o homem honesto do malfeitor.”

Em quem premedita um homicidio, escreve NICOLINI, ha um mixto de insanias, de paixão má e de conselho, ou para melhor dizer, de abuso de conselho... A fria tranquillidade readquirida pelo animo ou a effervescencia constante da ira, pouco influe na definição do factu. Por isso mesmo que se premdita um crime, não é possível que se procêda com a calma verdadeira da razão. Quando a razão readquiriu todo o seu imperio, ella é necessariamente principio motor de virtudes, mas não de assassinos.”

A paixão, pois, não só permite reflectir sobre o proposito cri-

minoso, mas de reflectir efficazmente, ponde o agente em condição de adaptação analoga a em que age o homicida de impeto.

E IMPALLOMENI mostra que todo segredo da theoria que exige a condição de agir *frigidò pacatoque animo*, está exactamente na intima repugnancia entre o cego rigor da antiga legislação, que punia absolutamente o homicidio premeditado com a pena de morte, muito embora o agente tivesse commettido o crime em virtude de uma offensa injusta.

Dahi porque se identificou a permanencia do estado passional com a continuidade entre a resolução e a execução, de sorte a evitar que o agente em tal situação fosse tratado com a mesma severidade de pena merecida pelo malfeitor que não tivesse alguma escusa. Salvava-se a logica reputando o homicidio como *simplex*, ou commettido *in continenti*, consoante a distincção estabelecida, e assim formulada por FARINACIO: *Homicidium simplex est illud in quo occidendi animus concurrat tempora rixæ, premeditatum vero in quo occidendi deliberatio ante rixam præcedit.*”

Assim, psychologicamente compativeis a premeditação e a paixão, no ponto de vista juridico, a concurrencia de uma e de outra pôde acarretar effeito na graduação da pena.

Tratando-se de homicidio, se fôr premeditado, isto é, meditado e reflectido vinte e quatro horas, pelo menos, antes da execução, torna-se qualificado, para o nosso codigo (art. 294 § 1.º); mas se occorrer movel passional e justo, na forma do § 2.º do art. 42, a pena soffre redução, do accôrdo com as regras do art. 62.

Deliberando e executando o crime naquellas condições, o agente não deixa de mostrar perversidade, olvidando as normas tutelares da conducta, ditadas pela religião, pela moral e pelo direito; de outro lado, procurando desaffrontar-se de grave injuria, tem a impulsionar sua acção um movel justo.

315. — Sustentava-se commummente a incompatibilidade entre a loucura, nas suas differentes formas, e a premeditação, está tida até como uma das provas mais concludentes para excluir a insanidade mental. Modernamente, porém, diversos psychiatras e juristas têm firmado principio contrario, com apoio em innumerous casos, muitos delles colleccionados por FERRI, em sua obra — *L'omicidio*, — como justificativos dessa these.

Um dos mais autorisados psychiatras, MAUDSELEY, é expresso em affirmar: “a loucura não impede que o doente estude os meios para matar, commetta o homicidio com animo deliberado e se preoccupa de evitar as consequencias de seu crime.”

Mas o detido exame dos casos apontados, grande numero tomados entre paranoicos ou delirantes chronicos, nos mostra que a verdade está com os antigos tratadistas, por isso que nos exemplos citados não vemos senão uma apparencia de premeditação, uma

premeditação puramente formal, como justamente a qualifica ALI-MENA, e não uma premeditação real e verdadeira, só compatível com o estado de saúde mental.

Para a premeditação verdadeira, é necessário não só a coordenação de actos a um fim, na sua exterioridade mostrando uma relação lógica e natural, mas sobretudo o sãõ juízo ethico a presidir esses actos, em busca do fim, a capacidade de discernir o bem do mal, estado de consciencia formado pela intelligencia e sentimento e pela posse dos principios de moral individual e social, que communmente regem a conducta em um dado meio social. Ora, semelhante estado de consciencia não n'a têm os loucos, divorciados em grãos e por fórmãs diversas do meio, situação que por isso mesmo os torna *alienados*.

Ponderava justamente TAYLOR dizendo : “quando se encontra um homem, que não mostra precedentemente nenhuma desordem intellectual, em emboscada alguns dias seguidos no mesmo lugar, com uma arma carregada, á espera especialmente de uma pessoa que frequenta aquelle lugar, não se collocando de frente para tirar, mas esperando prudentemente até a occasião de descarregar a arma sem ser visto pela victima ou por outros, então as circumstancias parecem mostrar uma adaptação tão perfeita dos meios ao fim e um tal poder sobre as proprias acções, que é difficil comprehender em virtude de que principio, uma absolvição motivada por loucura poderia ser concedida.”

No alienado como signal incisivo de seu estado mental, encontramos, diz SÉGRAS, a falta de adaptação, original ou adquirida, ás condições do meio physico, familiar, ou profissional, social, em que se acha, e falta de unidade, de conformidade que existe total ou parcialmente, entre sua conducta actual e sua conducta anterior. E quanto aos actos deliberados, praticados de uma maneira logica, que se apontam em certos alienados, especialmente os perseguidos, se distinguem dos actos deliberados do homem sãõ, por seu ponto de partida, concepções delirantes ou hallucinantes, que aquelles acceitam como reaes.

Não ha, pois, como questionar sobre a compatibilidade entre a premeditação e a loucura : sãõ estados antitheticos.

### 316. — Jurisprudencia brasileira.

I. — Não podem constituir aggravantes do peculato por serem circumstancias elementares do delicto — a *premeditação*, o motivo reprovado, a fraude, o abuso de confiança, e ser o crime commettido em repartição publica (*Ac. do Sup. Trib. Federal*, de 2 de maio de 1900).

II. — Compensam-se a circumstancia aggravante do § 2.º do art. 39 e a circumstancia attenuante do § 9 do art. 42 do Cod. Penal (*Ac. do Sup. Trib. Federal*, de 30 de junho de 1900).

III. — A circumstancia da premeditação, no crime de introdução de moeda falsa na circulação, é aggravante e não elementar, desde que se possa conceber essa introdução dolosa sem que tenham decorrido 24 horas entre o desígnio criminoso e a execução (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 22 de setembro de 1900).

IV. — A circumstancia aggravante do art. 39 § 2.º é elemento do delicto previsto no art. 351 § 2.º do Cod. (*Ac. da 3.ª Camara da Côte de Appellação*, de 25 de junho de 1913).

V. — Não se póde deixar de considerar como elemento do crime de injurias impressas a circumstancia da premeditação, por isso que, na generalidade dos casos, se deve presumir necessario o periodo de 24 horas para que a execução da deliberação criminosa tenha lugar (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 22 de outubro de 1898).

### 317. — Jurisprudencia estrangeira.

#### HESPAÑHOLA

I. — La circumstancia de premeditación, por más que integre el plan del procesado, no excluye la apreciación de las demás agravantes que concurrent en su ejecucion, porque aquella la constituye el *deliberado propósito de delinquir*, y las demás *surgen de la realización y perpetración* del delito, que deben tenerse presentes para la agravación de la pena (*Tribunal Supremo*, 11 noviembre de 1890).

II. — Es indispensable que se manifieste la premeditación *claramente*, no bastando para asegurar que exista la profunda animosidad entre el agresor y el agredido, ni las amenazas de muerte proferidas por aquél *meses* antes del delito (*Tribunal Supremo*, 27 mayo de 1878, 1 septiembre de 1893).

### III). VENENO, SUBSTANCIAS ANESTHESICAS, INCENDIO,

#### ASPHYXIA ou INUNDAÇÃO

318. — Pelo § 3.º do art. 39, é circumstancia aggravante "*ter o delinquente commettido o crime por meio de veneno, substancias anesthesicas, incendio, asphyxia ou inundação.*"

Esta disposição diversifica do do § 2.º do art. 16 do código anterior em compreender as *substancias anesthesicas* e a *asphyxia*, alli não enumeradas; mas é uma innovação para peor, como tantas outras exertadas no código.

Chamam-se *anesthesicas* as substancias cuja propriedade é suspender momentaneamente a sensibilidade, e para isso empregadas com vantagem para supprimir a dor nas operações cirurgicas, como o ether, o chloroformio, o aldehyde, o oleo de naphte artificial, a amylena, etc., mas todas ellas são toxicos e, portanto, matam como veneno, pelo que se incluem nesta denominação, já contemplada pelo código.

Teria tido em mente o legislador a forma particular de sua applicação mais ordinaria, segundo a maneira como procedem os cirurgiões, para promoverem a *anesthesia operatoria*, isto é, em inalações? Qu'importa, responde SOUZA LIMA, se nem por isso deixam de ser venenos, e de obrar nessa qualidade, como quaesquêr outros que não gozam da mesma acção suppressiva da sensibilidade geral e dos sentidos.

Se alguma vez por applicação inconveniente e brutal das inalações de chloroformio ou de ether, ou por uma impressionabilidade exaggerada e outras condições individuaes, a morte pôde sobrevir logo nos primeiros momentos em virtude de *asphyxia*, não é menos verdade que este accidente é commum em outros generos de morte violenta, inclusive pela acção mesma dos venenos, ainda que administrados por outra forma."

Injustificavel ainda é a inclusão da *asphyxia* como meio que agrava o homicidio. Se etymologicamente *asphyxia* (do grego *a*, sem, e *physis*, pulso), quer dizer privação ou ausencia de pulso, na technologia medica é tomada como synonyma de *apnéa* (falta de ar de respiração), estado transitorio ou definitivo, e, segundo CASPER-produzido por assim dizer, por uma intoxicação negativa; quer a *asphyxia* seja determinada por uma acção mechanica, quer por uma acção dynamica, o oxygenio do ar atmospherico faltando subitamente no sangue, este não pôde mais entreter a vida no *systema nervoso*, e dahi a *neuro-paralysis* geral ou parcial quando limitada á innervação cardio-pulmonar.

Accresce notar que, na accepção scientifica, a *asphyxia* se applica a um grande numero de circumstancias, quer internas, quer traumaticas, que não são incompatíveis com uma terminação rapida e relativamente suave, sem soffrimento maior, não condizendo, pois, com a accepção vulgar, empirica, que faz da *asphyxia* uma situação afflictiva e angustiosa e, portanto, barbara como meio de morte.

Haja vista o ferimento do bulbo rachidiano.

Assim, a admissão da *asphyxia* como meio aggravante distincto dos outros enumerados, só pôde ter logar tomando-se a palavra na

accepção vulgar, e restricta a uma das fórmias da asphyxia mechnica por tamponamento e obliteração das vias respiratorias, ou por conricção do pesçoço, ou por compressão do thorax.

O caracter commum das circumstancias do § 3.º, e fundamento da aggravação que acarretam, está no modo insidioso por que procede o delinquente, que se serve de um destes meios na maioria dos casos efficazes, podendo o agente ficar occulto e logo impune. Revela assim perversidade requintada.

Apreciemos cada uma dessas circumstancias de per si.

319. — *Veneno*. No art. 296 defino o codigo o que seja *veneno*, fazendo-o consistir em “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 saude.” Passivel de justa censura é semelhante definição. Effectivamente, a expressão — *sendo absorvida*, ahi empregada, e referente quer á substancia ingerida no organismo, quer a substancia applicada no seu exterior, prejudica a definição sob o ponto de vista medico-legal, dando em resultado serem excluidas da categoria dos venenos, sómente por uma questão de mecanismo de acção toxica, substancias que aliás são propinadas pelos criminosos na qualidade virtual de venenos e cujos effectos correspondem aos seus intuitos, por estragos produzidos internamente no seu trajecto pelo tubo digestivo. Não ha que distinguir o que mata propinando o sublimado corrosivo, veneno que é absorvido, e o que mata servindo-se de outro corrosivo que não seja absorvido, mas que pela acção local nimiamente irritante e caustica, desorganisa e ulcêra as paredes do tubo gastro-intestinal (SOUZA LIMA).

Na idéa do veneno tambem se comprehendem as materias contagiosas que podem ser transferidas de corpo a corpo, como o *virus* do *cholera*, da *syphilis*, da *tuberculose*, etc. (FRANZ VON LISZT).

O veneno foi desde os mais antigos tempos o meio de que se servia frequentemente a fraqueza cupida, odienta ou vingativa, e, nas devidas proporções, mas utilizado pela mulher, donde a sentença aceita pelos romanos, e recordada por QUINTILIANO : *latrocinium facilius in viro, veneficium in foeminis presumitur*.

Presumia-se o veneficio commettido sempre com premeditação e traição, e dahi, e pelo alarma que produzia, e difficuldade de se conhecer o crime, a punição rigorosa infligida aos seus autores. Em França eram queimados vivos, e o código de 1791 dispunha ainda que o condemnado fosse levado ao supplicio vestido de camisa vermelha.

Na Inglaterra, em muitos Estados da Allemanha e outros paizes applicava-se a pena de morte, não só ao crime consummado, como

ao simplesmente tentado. Modernamente, os diversos codigos que têm previsto o veneficio como crime distincto, o tem equipado ao homicidio premeditado, quanto á pena, como o francez, arts. 301 e 302, o belga, art. 397, o de Genebra, art. 255, de Friburgo, arts. 123 e 124, etc.

Divergindo dessa concepção, alguns criminalistas têm admittido a possibilidade da occorrença do veneficio sem premeditação, commettido de impeto, intuição que se reflectiu em varios codigos contemporaneos, que abandonaram a antiga concepção do veneficio, como crime especial, para sujeital-o aos principios geraes do homicidio, como o italiano, e antes deste o nosso de 1830.

O vigente pretendeu voltar á antiga concepção approximando-se do francez, definindo o veneficio no art. 296, e dizemos — *pretendeu*, porque esta disposição é inteiramente inocua, por isso que não traz pena alguma, além da incoherencia de considerar tambem o veneficio como homicidio qualificado.

Verdadeiro jogo de cabra cega. Quanto ao fundamento juridico da aggravante, entendia PESSINA que reside em um complexo de razões como a efficacia segura e qualidade insidiosa do meio e a facilidade de occultação do crime e do autor.

Nota, porém, IMPALLOMENI, que a difficuldade da prova do crime e do agente é criterio antiquado, porquanto não corresponde mais ao progresso da chimica e da anatomia pathologica de nossos dias, que fornecem os elementos precisos para descobrir a causa venefica da morte. Quanto á efficacia segura do veneno é contradictada pelos resultados da estatistica criminal, e a explicação se encontra na impericia ordinaria dos malfeitores na escolha dos venenos, recorrendo a substancias dessa natureza que se trahem pelo sabor dado ao alimento ou bebida, a que se addicionam, e depois pela efficacia dos medicamentos applicaveis aos primeiros symptomas do envenenamento.

A verdadeira razão está no character insidioso que de ordinario acompanha a acção, por isso que o delicto é commettido frequentemente por pessoas em relação de domesticidade ou de confiança com a victima, assim revelando no agente uma atroz perversidade (IMPALLOMENI, PUGLIA, GARRAUD, CHAUVEAU e HELIE, etc.). E a circumstancia se verifica qualquer que seja o processo ou methodo da propinação do veneno, por exemplo, embebendo-se a lamina do punhal na substancia venenosa e vibrando a arma contra a victima.

Nem colhe o argumento, diz PUGLIA, que em tal caso ha insidia ou que a violencia prevalece sobre a insidia, e logo não ha razão para aggravar o delicto, porquanto a insidia não deixá de occorrer se bem que junta á violencia, aquella no envenenar a arma, e esta no uso da mesma arma, e de outro lado, não se póde negar que desse

modo o delinquente torna-se mais perigoso ou perverso do que no fazer uso simplesmente da arma para offender.

Uma substancia não venenosa, considerada venenosa pelo agente, pôde ser considerada como capaz de dar a morte, se por effeito do acaso foi incorporada a um vehiculo que a transformou em uma substancia venenosa. Cita-se o exemplo seguinte : Um individuo poz em vinho antimonio metallico em pó.

Esta mistura tomada immediatamente não poderia ser nociva. O agente, porém, não achou logo occasião para fornecer esta mistura a pessoa a quem queria envenenar.

O antimonio transforma-se pouco a pouco em uma materia venenosa. Ha desde então crime de envenenamento, porque a substancia era capaz de dar a morte, no momento em que foi fornecida (CHAUVEAU e HELIE).

O emprego do veneno deixa de ser circumstancia aggravante, para se tornar elemento constitutivo do crime, nos casos dos arts. 161 e 294 § 1.º. E igualmente a substancia anesthesica nos casos dos arts. 269 (*anesthesico e narcotico*), 357 (outro qualquer modo), e 294 § 1.º

320. — *Incendio*. Verifica-se o incendio, como aggravante, quando o fogo é posto á coisa e ha excitação das chammas e propagação destas. Póde ser total ou parcial, conforme os effeitos destruidores.

As condições requeridas são a *excitação do fogo* e o *perigo*, aquella occorrendo desde que ha applicação do fogo e as chammas possam adquirir força sufficiente para estender-se indefinidamente e ir mesmo além das previsões do culpado, facto que crêa o perigo, isto é, uma situação em que attentas as circumstancias occorrentes no momento, dá-se a possibilidade immediata, e portanto o fundado receio de que se siga a offensa.

O incendio deixa de ser aggravante nos casos dos arts. 136, 141, 146, 147, 148 e 294 § 1.º, nos quaes passa a ser elemento constitutivo do crime.

321. — *Inundação* — diz-se da invasão de aguas supervenientes, pela mudança do curso de um rio ou pelo arrombamento de diques, açudes, aqueductos, represas ou abertura de comportas, causando a abundancia das aguas extravasadas prejuizos ou expondo a risco a vida das pessoas.

A inundação é mais que simples alagamento, constitue um perigo pelos effeitos que pôde produzir em consequencia da massa d'agua submergindo o que fôr encontrando.

A inundação não é aggravante, mas elemento constitutivo dos delictos previstos nos arts. 142, 146, 148 e 294, § 1.º.

322. — Jurisprudencia estrangeira.

FRANCEZA

I. — Une femme, s'aidant de la passion alcoolique de son mari, lui fait boire, à dessein de le tuer, une quantité *d'eau-de-vie* assez considérable pour lui donner la mort. Ce fait constitue le crime de meurtre, *non* le crime *d'empoisonnement*. C'est bien plutôt l'emploi excessif de la substance ou de la liqueur qui a produit la mort que la substance elle-même (*Cour de Poitiers*, 15 janvier 1850).

II. — Attendu que, s'il peut arriver que l'ingestion de *verre pilé* ne produise aucune lésion dans le tube intestinal, lorsqu'elle est incorporée en poudre dans les aliments, il est évident que des fragments de verre du volume de ceux recueillis dans le pain de la famille Pélissier, pouvaient, dans le travail de la digestion, léser, par leurs parties anguleuses, les parois de l'estomac ou des intestins et devenir la cause d'une inflammation ou même d'une perforation de nature à donner la mort; qu'ainsi, dans le fait imputé à l'inculpé, on trouve réunies les deux circonstances d'un fait ou d'un acte volontaire et prémédité pouvant donner la mort avec l'intention de la donner, attendu que la qualification *d'empoisonnement* est réservée par la jurisprudence à l'attentat à la vie commis par l'effet d'une *substance toxique* de nature à ôter la vie, par ses combinaisons chimiques; qu'ici la substance administrée, dénué en elle-même de toute propriété toxique, est incapable de nuire comme *poison* et ne peut tuer que comme instrument déchirant les tissus du tube digestif; qu'il suit de là que cette tentative criminelle constitue moins une tentative d'empoisonnement qu'une tentative d'assassinat (*Cour de Riom*, 25 avril 1855).

IV) MOTIVO REPROVADO OU FRIVOLO

323. — Segundo o § 4.º, do art. 39, é circunstancia agravante "*ter o delinquente sido impellido por motivo reprovado ou frivolo*". A fonte desta disposição é o § 4.º do art. 16 do anterior código, reproduzido literalmente.

Este código, antecipando-se nesse como em outros pontos, no reconhecimento do que vem de ser encarecido pela moderna psicologia criminal, já tinha tomado o motivo em devida consideração, já no fazel-o elemento integrante de certos crimes, já no considerá-lo como agravante geral, quando reprovado ou frivolo. A doutrina do código não foi, porém, tomada em devida atenção por diversos de seus commentadores, como CARLOS PERDIGÃO, que reputa a disposição sobre a agravante do motivo reprovado ou frivolo uma

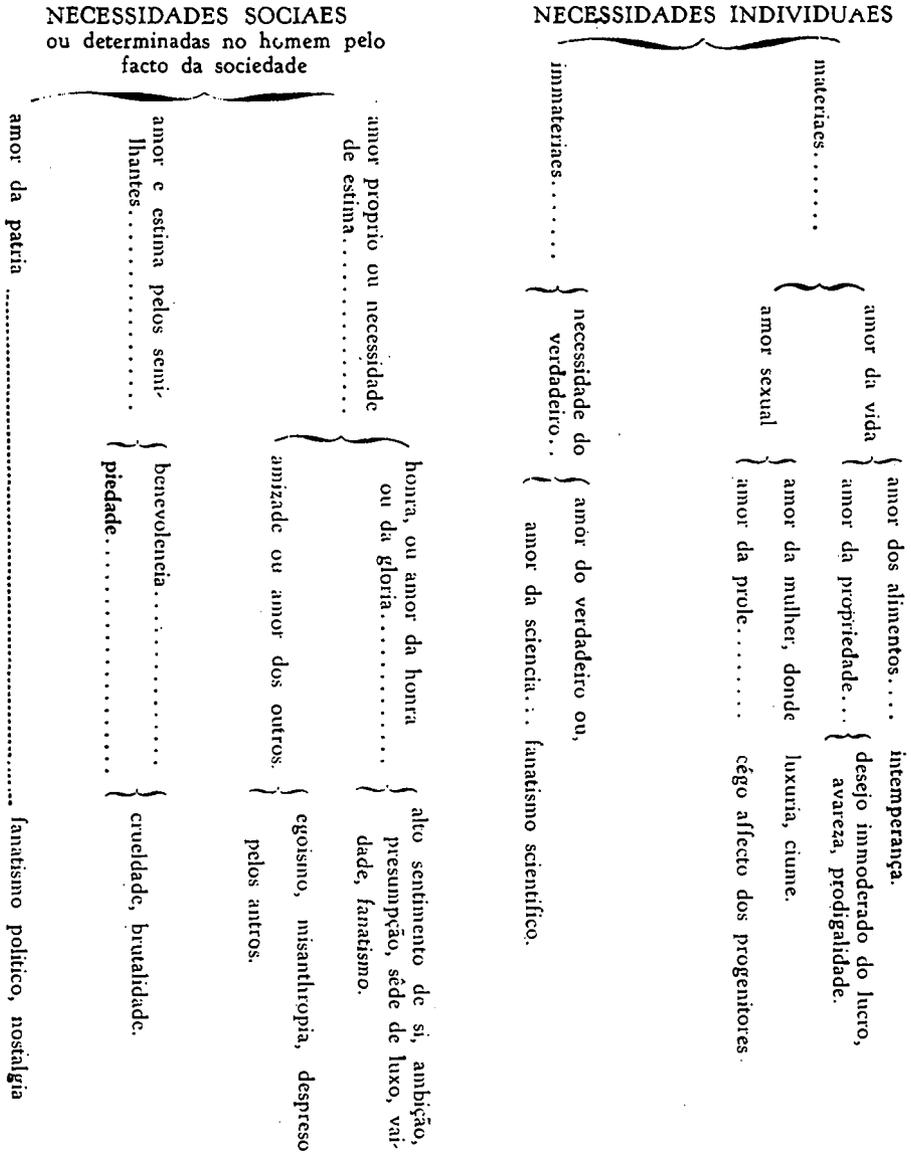
redundancia, por isso que “é elementar ou constitutiva de qualquer crime onde sempre ha o motivo reprovado ou frivolo”. Nessa ordem de idéas, restringindo a applicação da aggravante, nossos tribunaes consideravam o motivo reprovado como elementar dos crimes de furto, roubo, introduccão de moeda falsa na circulação e peculato (accs. das Relações de Ouro Preto, de 8 de maio de 1874 e do Recife, de 18 de dezembro de 1874, e revista n. 2.335, de 17 de maio de 1879). Ha nisto confusão dos elementos geraes componentes do crime com os motivos especiaes da acção.

Segundo a doutrina classica, inspiradora de nossos codigos, o elemento moral geral, do crime é o dolo ou a intenção, que é a vontade emquanto tende ao crime, como seu *fim proximo*, ou a *má fé*, isto é, o conhecimento do mal e vontade de commettel-o, ao passo que o *motivo*, sensu lato, é a tendencia, necessidade, ou paixão, que leva o agente a commetter a acção criminosa. Na ordem da intenção, o *motivo* é o primeiro a se apresentar, como causa da acção, e na ordem da execução é o ultimo a se attingir, constituindo o *fim remoto* da acção. Em determinados casos, e já notamos ao commentarmos o art. 24, a lei faz do motivo, como *fim remoto*, elemento integrante do crime, expressa ou implicitamente, e assim, não basta demonstrar que o agente tinha intenção criminosa, isto é, vontade de commetter a acção criminosa, mas é necessario tambem provar que se propunha, assim agindo, conseguir um fim determinado.

Isto posto, vejamos, em face do codigo, o que seja motivo *reprovado* ou *frivolo*. Como já se tem mostrado, foi BENTHAM que inspirou accentuadamente o nosso legislador de 1830, em muitos pontos, especialmente no caso, e, pois, á sua doutrina devemos recorrer para esclarecimento do assumpto.

Procurando discriminar os motivos que attenuam ou aggravam as penas, BENTHAM os divide em motivos *sociaes* e *anti-sociaes*, segundo a tendencia que mostram para unir ou desunir os interesses de um individuo aos interesses dos seus semelhantes, que juntamente com os *sociaes*, formam a actegoria que chama de *motivos tutelares*, aptos para attenuar a pena, emquanto agem no sentido da utilidade geral. Em frente dos motivos *anti-sociaes* colloca os *motivos pessoais*, como o amor dos sentidos, o amor do poder, o interesse pecuniario, o desejo da propria conservação, formando com aquelles os *motivos seductores*, aptos para aggravar um delicto, quando se transformem em força contraria á utilidade geral. Procurando simplificar esta classificação, e melhor concretisal-a, removendo assim as difficuldades que o proprio BENTHAM notava em seu trabalho, PECORARO LOMBARDI delineou uma classificação de motivos *atenuantes* e *aggravantes*, partindo da noção das necessidades, que formam os motivos, e que distingue em *individuaes* e *sociaes*, cada

uma destas classes dando origem a duas séries contrapostas de motivos, *legítimos* e *illegítimos* ou *anti-sociaes*, segundo mostra o seguinte schema :



Assim, os motivos agravantes são os *seductores*, da classificação de BENTHAM, ou equivalentemente os *anti-sociaes*, da classificação de PECORARO, motivos que tendem a desunir os interesses de um individuo dos interesses de seus semelhantes, por isso condemnados pela moral e pelo direito. São estes os motivos que o código taxa de *motivos reprovados*. Da mesma intensidade agravante considera também o *motivo frivolo*, que por si só não se antepõe ás normas moraes ou juridicas, mas que por sua futilidade não podia determinar a pratica da acção criminosa. O *motivo frivolo* é, pois, o motivo futil, o motivo vão, de nenhum valor, de pouca monta ou importancia, de sorte que o agente commettendo o crime impellido por tal motivo, revela perversidade, que exige aggravação da pena. Quer reprovado, quer frivolo, o motivo, para constituir aggravante, deve *impellir* o delinquente ao crime.

Um motivo reprovado pôde entrar na acção criminosa, como seu elemento constitutivo, e outro da mesma natureza ser o motor do agente. Tal o caso do ladrão, do peculatório, diz JOÃO VIEIRA, que além do motivo geral da cubiça, devido aos seus sentimentos de improbidade, furta, rouba ou prevarica especialmente impellido pelo desejo reprovado de jogar o producto do crime.

O motivo reprovado pôde coexistir com o frivolo: tal o caso do individuo que por ferocidade e falta de sentimento geral de piedade ou benevolencia, mata impellido pelo frivolo motivo de ligeira altercação com a victima.

### 324. — Jurisprudencia brasileira.

I. — Não se pôde admittir a aggravante do motivo frivolo, quando o réo houver sido provocado pelo offendido (*Accórdão do Supremo Tribunal Federal*, de 1.º de setembro de 1917).

II. — O reconhecimento do motivo reprovado não se compadece com o da legitima defesa, pois está exclue aquelle, não havendo legitima defesa sem motivo justo (*Accórdão da Côrte de Appellação*, de 26 de maio de 1891).

III. — A circumstancia do motivo reprovado é elementar do crime de estupro, e não pôde, pois, ser aggravante (*Accórdão da Camara Criminal do Tribunal de São Paulo*, de 30 de março de 1903).

IV. — A circumstancia attenuante do § 5.º, do art. 42, do Código Penal, exclue a idéa de motivo frivolo (*Accórdão da Camara do Tribunal de Justiça de São Paulo*, de 23 de julho de 1903).

V. — As attenuantes do bom comportamento e da menoridade prevalecem sobre as agravantes de motivo frivolo e de superior-

dade em armas (*Accórdão da Camara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo*, de 26 de novembro de 1903).

VI. — Sobre o motivo frivolo prevalecem as attenuantes de ter o réo exemplar comportamento anterior e ter prestado bons serviços á sociedade (*Accórdão da Relação de Minas Geraes*, de 22 de março de 1907).

VII. — A aggravante do motivo reprovado não tem logar no crime de furto; tal circumstancia deve ser considerada elemento do delicto, conforme a jurisprudencia deste e de outros Tribunaes da Republica (*Accórdão da Relação de Minas Geraes*, de 22 de outubro de 1907).

VIII. — Sendo de maior importancia que a aggravante do motivo frivolo, a attenuante do § 1.º, do art. 42, do Codigo Penal, deve esta preponderar, nos termos do § 2.º, do art. 38, do citado codigo, e, portanto, ser a pena applicada entre o médio e o minimo (*Accórdão do Sup. Tribunal de Pernambuco*, de 5 de junho de 1914).

#### V) SUPERIORIDADE EM SEXO, FORÇA OU ARMAS

325. — Reproduzindo literalmente o § 6.º, do art. 16, do anterior codigo, o § 5.º do art. 39 do vigente considera circumstancia aggravante “*ter o delinquente superioridade em sexo, força ou armas, de modo que o offendido não pudesse defender-se com probabilidade de repellir a offensa.*”

Tres modalidades distinctas se encontram nesta disposição, cada uma dellas constituindo uma circumstancia aggravante, a saber: a) ter o delinquente superioridade em *sexo*; b) ter o delinquente superioridade em *força*; c) ter o delinquente superioridade em *armas*. Em qualquer desses casos, é preciso que se realize a condição de *não poder o offendido defender-se com probabilidade de repellir a offensa*, pois é nesta condição que está a razão de ser da aggravante. “Menos a parte offendida está fóra do estado de se defender, diz BENTHAM, tanto mais o sentimento natural de compaixão devia obrar com força. Uma lei de honra vindo em apoio deste instincto de piedade, torna dever imperioso o poupar o fraco e o defender aquelle que se não pôde defender.”

Consequentemente é revelar falta de piedade, inclinação para o mal, o homem que se prevalece da superioridade de seu sexo, acometendo uma mulher em condições de tirar-lhe a probabilidade de repellir a offensa; é mostrar-se tambem perverso, além de covarde, o individuo que se prevalece da sua superioridade em força ou em arma, para aggreidir quem pela sua fraqueza, falta ou inferioridade em arma, não pôde defender-se, e antes é mercedór de protecção.

O projecto VASCONCELLOS discriminava a superioridade em sexo da superioridade em força e em armas, considerando aquella como aggravante houvesse ou não probabilidades de defesa, assim dispondo:

“§ 4.º Quando o offendido é do sexo feminino e o delinquente do sexo masculino.

§ 5.º Quando o offendido era tão inferior ao delinquente, ou em forças ou em armas, de maneira que se não pudesse defender com probabilidade de repellir a offensa.”

Essa discriminação deixou de existir na redacção final do projecto, e duas interpretações foram dadas ao § 6.º do art. 16 do código anterior. Para uns, a condição — “de maneira que o offendido não pudesse defender-se com probabilidade de repellir a offensa” — só se refere ás circumstancias da superioridade em força e em armas, e não á em sexo, por isso que a força pôde ser maior ou menor; a arma pôde ser mais ou menos mortifera e perigosa; são circumstancias que admittem gradação, que influem mais ou menos na probabilidade da repulsa ás offensas, o mesmo não succedendo em relação á superioridade em sexo, que só se dá pelo facto de um ser homem e o outro hulher: só ha dois, e sem gradação, salvo o caso do hermaphrodita, que, quando real, constitue uma aberração da natureza. Não se pôde admittir discriminação de sexo masculino, que é superior pelo código, com o qual seja mais provavel á paciente mulher repellir as offensas, e sexo masculino com o qual a repulsa seja menos provavel.

A questão da idade do homem e da sua maior ou menor robustez, della proveniente, se comprehende na outra circumstancia — superioridade em forças (GAMA CERQUEIRA).

Pelas suas condições physio-psychicas, a mulher está em evidente inferioridade ao homem, por isso naturalmente indicado para protegel-a e amparal-a, pelo que a offensa a um sêr fragil por natureza, é tanto mais aggravante da justiça e da tranquillidade publica, quanto revela da parte do offensor uma disposição mais perigosa para o mal (FRANCISCO LUIZ).

Para outros, não ha que distinguir no texto legal, pois todas as tres circumstancias estão subordinadas á condição final.

O sujeito nesta disposição legal é o delinquente, o attributo é a triplice superioridade em sexo, força ou armas, o requisito do attributo é ser esta superioridade de maneira que o offendido não pudesse defender-se com probabilidade de repellir a offensa.

Se grammaticalmente a interpretação é essa, outra não pôde ser se tivermos em vista o fundamento da disposição.

A mulher offendida pôde, não obstante o seu sexo, repellir com vantagem o seu aggressor, e então não se comprehende que o sexo aggrave sempre o crime. Se o sexo colloca a offendida em posição inferior á do criminoso, como regularmente succede, dá-se uma cir-

circunstancia aggravante, mas bem se vê que a questão é de facto, e, por isso, só decidida em cada caso concreto (JOÃO BRAULIO DE VILHENA, MACEDO SOARES, JOÃO VIEIRA, etc.). E' a interpretação que tem prevalecido em nossos tribunaes.

326. — Relativamente á superioridade em armas, decidiram as Relações da Côrte, de 20 de fevereiro de 1874 e de Ouro Preto, de 22 de fevereiro de 1884, e a Camara Criminal da Côrte de Appellação, de 16 de agosto de 1901, esta com votos divergentes, que para constituir aggravante é preciso que as armas tenham sido procuradas propositalmente pelo accusado.

Criticando tal interpretação, pondera a redacção da *Revista de Jurisprudencia*, vol. XVI, pag. 83, que não se pôde comprehender como a circumstancia aggravante do art. 39, § 5.º, do Código Penal — *ter o delinquente superioridade em armas, de modo que o offendido não pudesse defender-se, com probabilidade de repellir a offensa* — se possa, sem arbitrio, converter nisto — *ter o delinquente superioridade em armas, por havel-as procurado propositalmente*, de modo que o offendido não pudesse defender-se com probabilidade de repellir a offensa ! E é assaz curioso que o policia, armado de sabre e de revólver embalado, não incorra naquella aggravante, se, acaso, no exercicio de sua funcção de policiamento, usar dessas armas contra pacificos e inermes cidadãos — completamente desarmados ! Mas a prevalecer a doutrina do accórdam, que interpretação se deve dar ao restante do § 5.º, sobre a superioridade em *sevo* ou *força* ?

Deverá ella tambem *ter sido procurada propositalmente pelo delinquente* ? Effectivamente, arbitraria é semelhante interpretação, o que resalta ainda de se tratar de uma circumstancia, não puramente subjectiva, mas material ou objectiva, cuja razão ou fundamento, como já vimos, está na restricção da defesa, que pôde perfeitamente se verificar, quer tenha o agente procurado propositalmente a arma, quer não.

O que é necessario constatar, para a existencia da aggravante, é se ha superioridade em arma, e depois se essa superioridade colloca o offendido em situação de não poder defender-se com probabilidade de repellir a offensa.

Ir além, exigir mais condição, não é interpretar, é usurpar funcções legislativas, com addição de requisito não cogitado pelo texto legal. A procura, a escolha da arma, tem importancia, não para caracterisar a aggravante em questão, mas a da premeditação, e é neste sentido que discorrem CHAUVEAU e HELIE, citados sem grande exame, pelos que entendem de modo contrario.

Como ponderam estes escriptores, devemos discutir o facto material e a intenção — a posse de um instrumento que a lei classifica entre as armas, e a intenção com que foi posto esse instru-

mento nas mãos do culpado. Esta distincção, é importante no caso nosso, em que elle teria feito uso delle, pois tal distincção serviria para estabelecer *se houve premeditação.*”

Para a agravante da superioridade em armas, não se exige a resolução premeditada, distinctas como são estas circumstancias para o codigo, mas a intenção de commetter o crime, consciente o agente, pela posse da arma, de se achar em posição superior ao offendido. Nem de outro modo estatuem os codigos que se occupam dessa circumstancia como aggravante, como o chileno, art. 12, n. 6: *Abusar el delinquente de la superioridad de su sexo, de sus fuerzas o de las armas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probalidades de repeler la ofensa;* o portuguez, art. 34, n. 28: *Ter sido commettido o crime com manifesta superioridade em razão da idade, sexo ou armas.*

327. — O codigo não define o que seja arma, nem descremina suas especies, como fazem os codigos toscano, art. 334, o sardo, art. 453, o italiano, arts. 155 e 470, o francez, art. 101, o belga, art. 135, etc. Com os subsidios destes codigos e da doutrina, podemos considerar como arma, em geral, todo instrumento apto para ferir ou offender, ou segundo GAIUS: *“omne quod nocendi causa habetur* (Dig. XLVIII, 2, 54, § 2), conceito que comprehende a distincção tradicionalmente feita de *armas proprias* e *armas improprias*, ou como dizem os allemães, *armas em sentido technico (im technischen Sinne)*, e *armas em sentido não technico ou geral (im nichttechnische weiteren-allgemeineirem Sinne)*. São *armas proprias* os instrumentos cuja destinação ordinaria e principal é de causar, aggressiva ou defensivamente, offensas physicas.

Chamam-se especialmente *armas mortíferas* quando, tanto na aggressão como na defesa, são apropriadas a causar offensas physicas mortaes, dando-se-lhes a applicação que devem ter segundo o seu destino.

Dizem-se *insidiosas* quando podem ser trazidas occultamente, e como taes o codigo italiano, art. 470, enumera:

“1.º gli stili, stiletti e pugnali di qualsiasi forma, e i coltelli acuminati, la cui lama sia fissa o possa rendersi fissa con molla o altro congegno;

2.º le armi da sparo, la cui canna misurata internamente sia inferiore a centasettantun millimetri, le bombe e ogni macchina o involucro esplodente;

3.º le armi bianche o da sparo di qualsiasi misura, chiuse in bastoni, canne o mazze.”

São *armas improprias* os instrumentos que não tendo aquella destinação ordinaria e principal, servem, entretanto, para bater, ferir, matar ou ameaçar, como uma pedra, uma pesada chave de porta, etc.

Assim, entra na classe de armas proprias ou improprias todo objecto material e movel que, pela força physica do homem, pôde ser posto em movimento, operando mechanicamente, e não physiologicamente, como um cão agulado ou um louco incitado, nem chimicamente, como o vitriolo.

A especie de arma contribue muito para a caracterisação da aggravante, por isso que diminuida é a probabilidade de repellir a offensa em se tratando de armas proprias, especialmente quando insidiosas, já que a insidia torna mais audaz o delinquente e mais enfraquecido aquelle que é aggreddido.

### 328. — Jurisprudencia brazileira.

I. — Para existencia da aggravante da superioridade em arma não se faz mister que o delinquente tenha procurado a arma para commetter o crime, arma cuja superioridade colloque a victima em situação de não poder defender-se com probabilidade de repellir a offensa. As circumstancias da *noite* e do *logar ermo* são as que exigem aquella condição para sua caracterisação como *aggravantes*: não basta a *accidentalidade* dellas. Só quando são aproveitadas para facilitar a perpetração do crime é que o aggravam, como *expressamente* dispõe o Codigo (art. 39, § 1.º). A *superioridade em arma* é uma circumstancia objectiva: ella diminue a eficiencia da defesa por parte do offendido, seja procurada ou não a arma, para o fim collimado (art. 39, § 5.º). (*Accórdão do Supremo Tribunal Federal*, de 20 de agosto. de 1930).

II. — A aggravante da superioridade de armas do § 5.º, do artigo 39, do Codigo Penal se caracteriza e deve ser reconhecida logo que o accusado haja “usado da arma, de forma a impossibilitar a victima de repellir a offensa”, não se tornando essencial que tenha sido a arma propositalmente procurada pelo réo para a pratica do delicto, bastando, ao contrario, que da sua posse se tenha aproveitado para usal-a de forma eficiente, circumstancia essa que é as mais das vezes (e assim deve ser considerada), uma das determinantes do delicto, nella depositando o agente a confiança no exito de sua acção, em virtude exactamente da maior capacidade offensiva que ella lhe proporciona. A decisão invocada, na qual se defende o principio de que a aggravante do § 5.º do art. 39 do Codigo só é admissivel, quando a arma tenha sido procurada propositalmente pelo réo para praticar o delicto, não representa uma corrente firmada com vantagem pelos commentadores do Codigo de 1890, notadamente na recente obra de GALDINO SIQUEIRA, cuja demonstração em contrario está ahi feita, a meu ver, de forma definitiva (*Sen-*

tença do Juiz da 6.<sup>a</sup> Pretoria Criminal, confirmada pela 3.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, de 31 de janeiro de 1923).

III. — E' nullo o julgamento perante o jury, quando o quesito sobre a circumstancia da *superioridade* em sexo não foi formulado de conformidade com a lei, omittindo a ultima parte do § 5.<sup>o</sup> do art. 39, do Codigo Penal, isto é, *si da parte do réo houve superioridade em sexo de modo que a offendida não pudesse defender-se com probabilidade de repellir a offensa*. A superioridade de sexo por si só não pôde influir na aggravação do crime. (*Accórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo*, de 25 de novembro de 1892).

IV. — Sobre a circumstancia aggravante da superioridade em armas prepondera a circumstancia attenuante da menoridade (*Accórdão do Superior Tribunal de Justiça de Pernambuco*, de 28 de julho de 1896).

V. — A *superioridade em força* é elementar nos crimes previstos nos arts. 266 e 268, do Codigo Penal (*Accórdão do Sup. Tribunal de Justiça de São Paulo*, de 16 de outubro de 1900).

VI. — A circumstancia attenuante — *ter prestado bons serviços á sociedade* — prepondera sobre a aggravante da *superioridade em armas* (*Accórdão da Camara Criminal de São Paulo*, de 13 de abril de 1903).

VII. — A attenuante do §.5.<sup>o</sup>, do art. 42, do Codigo Penal, prepondera sobre a aggravante da *superioridade em armas em crime instantaneo* (*Accórdão da Camara Criminal de São Paulo*, de 23 de julho de 1903).

VIII. — Constitue nullidade do plenario ter o jury englobado no mesmo quesito os factos diversos da *superioridade em sexo, força e armas* (*Accórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo*, de 14 de fevereiro de 1893).

IX. — A circumstancia da *superioridade em sexo* não pôde ser aggravante no crime de defloramento: é circumstancia elementar (*Accórdão da Camara Criminal de São Paulo*, de 4 de fevereiro de 1904).

X. — A aggravante da superioridade em armas, por parte do réo, não pôde ser simultaneamente reconhecida com a justificativa da legitima defesa, em favor do mesmo réo (*Accórdão do Tribunal de Justiça do Pará*, de 18 de março de 1916).

XI. — Agem evidentemente com superioridade em força, do modo que o offendido não se pôde defender com probabilidade de

repellir a offensa os que, em acção conjuncta, aggridem a sua vítima (*Accórdão do Sup. Tribunal do Paraná*, de 14 de janeiro de 1927).

XII. — Não occorre a circumstancia aggravante da superioridade em sexo desde que a offendida é o que se chama uma *virago*, provocadora de rugas e andando sempre armada. O que caracteriza a aggravante da superioridade em sexo é a fragilidade natural da mulher, que occasiona inferioridade numa luta de modo a impossibilitar a defesa com probabilidade de repellir a offensa (*Accórdão do Sup. Tribunal de Justiça do Amazonas*, de 4 de outubro de 1927).

### 329. — Jurisprudencia estrangeira.

#### HESPAHOLA

I. — Existe superioridad fisica entre el hombre robusto y sano y el que no disfruta de estas condiciones, y que la desigualdad, todavia mas evidente entre el primero y el que padece una cojera, acusa en favor de aquél una condicion de superioridad para la lucha (*Tribunal Supremo*, 7 agosto de 1890).

II. — Para estimar juridicamente *el abuso de superioridad*, no basta el *hecho material* de ser dos ó más las personnas que acometem á otra, sino que es preciso, segun doctrina reiterada, que entre los agresores haya mediado concierto prévio, ó quando menos que se *haya aprovechado intencionalmente* de la agresion de los demás (*Tribunal Supremo*, de 11 noviembre de 1903).

#### ITALIANA

III. — Non puó dubitarsi che un'arma da fuoco atta ad esplodere, sia un'arma propria (*Cass.*, 11 aprile 1890).

IV. — Allorché la legge considera le armi come circumstancia aggravante di un reato, comprende tanto le armi proprie quanto le improprie (*Cass.*, 13 giugno 1890).

#### VI) FRAUDE E ABUSO DE CONFIANÇA

330. — Segundo o § 6.º do art. 39, é circumstancia aggravante "*ter o delinquente procedido com fraude, ou com abuso de confiança.*"

O codigo anterior considerava, mas sem razão, a fraude e o abuso de confiança como circumstancias de diversa intensidade, pois sómente a ultima era qualificativa do homicidio.

A fraude é toda a astúcia, machinação, toda a mentira ou qualquer artifício empregado para induzir alguém em erro, e por este meio, preparar, facilitar ou realisar a execução do delicto.

Distingue-se do *disfarce*, aggravante prevista no § 7.º, em consistir sómente em artifício moral, ao passo que o *disfarce* assenta antes em um artifício material, como o uso de barbas postiças, de mascara, etc. Não só com o *disfarce*, mas também com as circunstancias do abuso de confiança, da surpresa, da traição e da emboscada, mantém a fraude estreitas relações, pois originam-se do modo de executar o crime, do qual decorre evidentemente para a victima, maior difficuldade em evitar a offensa. Mostrando especialmente a razão aggravadora da fraude, que se comprehende como forma da falsidade, sensu lato, diz BENTHAM: “A falsidade imprime no character uma nodoa aviltante e profunda, a qual brilhantes qualidades não apagarão. A opinião publica é justa a este respeito.

A verdade é uma das primeiras necessidades do homem; é um dos elementos de nossa existencia; é para nós o mesmo que a luz do dia. A cada instante de nossa vida somos obrigados a fundar nossos juizos e assentar nossa conducta sobre factos entre os quaes não ha senão um pequeno numero de que nos podemos assegurar por nosas proprias observações.

Segue-se a necessidade a mais absoluta de nos fiarmos nas relações de outrem. Logo que haja nessas narrações falsidade, nossos juizos são erroneos, nossos passos falsos, nossas esperanças illudidas. Vivemos em uma desconfiança inquieta, e não sabemos mais onde achar segurança.

Em uma palavra, a falsidade encerra o principio de todos os males, pois que no seu progresso traria a dissolução da sociedade humana.”

A fraude deixa de ser aggravante, por ser elementar, no homicidio, pois que no seu progresso traria a dissolução da sociedade humana.

Não pôde concorrer com as attenuantes dos §§ 1.º, 2.º, 4.º e 5.º, 6.º e 7.º, do art. 42. Em qualquer destes casos, o delinquente não pôde fazer o calculo de illudir ao offendido, pois obra muitas vezes de impeto, mas não por meios fraudulentos.

331. — O codigo anterior formulava mais precisamente a circumstancia aggravante do *abuso de confiança*, estatuindo: “*ter o delinquente commettido o crime com abuso de confiança nelle posta.*” Alterando esta fórmula, o legislador de 1890, não comprehendeu, nota muito bem EDUARDO DURÃO, que a explicativa — *nelle posta* — era indispensavel para indicar o abuso de confiança especial e directamente obtida para a facil realisação do crime, isto é, a insidia preordenada ou urdida já com o fito criminoso. E’ um meio de que usa o delinquente e não uma concomitancia accidental.”

E' preciso, diz LIBERATO BARROSO, que o offendido tenha proporcionado a occasião para o delicto, praticando um acto ou estabelecendo entre elle e o delinquente uma relação, da qual este se prevaleça para realizar a sua intenção criminosa."

"A violação da confiança, diz BENTHAM, se refere a um poder confiado, que impunha ao delinquente alguma obrigação restricta, que violou. Póde ser considerada, ora como delicto principal, ora como um delicto accessorio."

Para o codigo o abuso de confiança constitue circumstancia aggravante geral, excepto em determinados casos, em que entra como elemento constitutivo do crime, como nos casos dos arts. 294, § 1.º, 220, 331, n. 2, 338, ns. 6 e 7, além dos crimes funcçionaes, considerados os empregados ou funcionarios publicos como depositarios da confiança do poder que os escolheu.

Exclue as attenuantes dos §§ 1.º, 3.º, 4.º e 5.º, do art. 42.

### 332. — Jurisprudencia brasileira.

I. — No furto, por apropriação, previsto expressamente no Codigo Penal, art. 331, n. 2, o abuso de confiança não deve ser considerado aggravante, mas circumstancia elementar do alludido crime (*Accórdão do Supremo Tribunal Federal*, de 27 de maio de 1914).

II. — O facto de depositar um individuo confiança em outrem, como seu empregado, não póde servir de circumstancia aggravante de abuso de confiança em o crime por este commettido dentro de sua casa, contra terceiro, que lhe era inteiramente estranho (*Accórdão da Relação da Côrte*, de 6 de dezembro de 1867).

III. — A circumstancia aggravante do art. 39, § 6.º, do Codigo Penal é elementar ou constitutiva do delicto de bigamia, (art. 283, do Codigo). Com effeito, a perpretação do crime de bigamia não póde verificar-se sem que o autor do delicto, antes de tudo, procure conciliar e logre ganhar a confiança da victima, illaqueando-a em sua boa fé, pela occultação da condição do estado civil que impede a realisação do casamento e abusando dest'arte da confiança da victima com a effectuação do casamento. A' razão juridica, pois, repugna considerar o abuso de confiança como circumstancia aggravante do crime de bigamia, do qual aquella circumstancia não passa de uma elementar ou constitutiva do referido crime (*Accórdão da Camara Criminal da Côrte de Appellação*, de 15 de maio de 1900).

IV. — A circumstancia do abuso de confiança é constitutiva do crime de estellionato (*Accórdão da Relação de Ouro Preto*, de 9 de setembro de 1884).

V. — A fraude é elemento constitutivo dos crimes de falsidade e estellionato (*Accórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 3 de outubro de 1893*).

333. — **Jurisprudencia estrangeira.**

**HESPAÑHOLA**

I. — Existe abuso de confiança en los hurtos de los viajeros verificados por los conductores ó encargados de carruajes públicos, pues al entregar aquéllos los efectos a los conductores lo hacen contando con su honradez y exactitud (*Tribunal Supremo, 25 oct. 1887*).

II. — Existe abuso de confiança cuando la que dá muerte á un niño es su propria nodriza (*Tribunal Supremo, 3 sept. 1875*).

III. — Existe abuso de confiança en el criado que ayuda á cometer un delito en casa de sus amos (*Trib. Supremo, 12 jul. 1875*).

IV. — Existe abuso de confiança en el que roba en la habitacion de su querida (*Tribunal Supremo, 26 feb. 1884*).

**VII) TRAIÇÃO, SURPRESA E DISFARCE**

334. — Pelo § 7.º, do art. 39, é circumstancia aggravante “*ter o delinquente procedido com traição, surpresa ou disfarce.*”

O codigo anterior não contemplava a circumstancia da traição, omissão sem explicação razoavel, e ainda sem razão, não considerava a *surpresa* e o *disfarce* como circumstancias qualificativas do homicidio, quando têm a mesma intensidade, revelando a mesma perversidade que a circumstancia do abuso de confiança, que aliás contemplou como qualificativo daquelle crime. Tomando como synonyma da traição a *aleivosia*, já a Ord. Philip., liv. V, tit. 37, a contemplava como circumstancia de summa gravidade, privado o agente de todo o privilegio “para não dever ser mettido a tormento ou para não haver pena vil.”

“Aleivosia, diz a Ordenação, he huma maldade commettida atraiçoeiramente sob mostrança de amizade, e commette-se, quando alguma pessoa sob mostrança de amizade mata, ou fêre, ou faz alguma offensa ao seu amigo, sem com elle ter rixa, nem contenda”. A traição significa, pois, perfidia, deslealdade, e caracteriza-se pela boa fé do agredido, e pelo procedimento covarde e perverso do aggressor.

No mesmo sentido, caracterizando o homicidio por traição (*prodizione*), assignalando a razão de sua gravidade, e distinguindo-o do homicidio por emboscada (*aguato*), segundo a intuição até então dominante no direito italiano, diz CARRARA: “Ha occultação moral,

quando o inimigo occultou o animo hostil, simulando amizade. Do inimigo que nos assalta ameaçador poderemos pôr-nos em guarda e ainda alcançar defender-nos, mas do inimigo que nos assalta com o sorriso nos labios é impossivel prevenir-nos...

Este é o homicidio que se chama *proditorio*... A occultação da pessoa, que se chama emboscada (*aguato*), tem-se quando, para aggreir a victima, o assassino se occulto para esperal-a e feril-a de improviso."

No codigo italiano deixaram de figurar essas duas formas de homicidio, e a razão dada por ZANARDELLI é que "a traição e a emboscada são formas de premeditação, não tendo um caracter tão grave e proprio que mereça uma qualificação juridica especial", razão improcedente, por se caracterisar distinctamente essa circumstancia, especialmente em nosso direito. Effectivamente, se para a premeditação é necessario que á resolução assentada reflectidamente não se siga logo a execução, devendo, segundo o nosso codigo, mediar o espaço de tempo minimo de 24 horas, este requisito de tempo é extranho á traição e á emboscada. Mostrando que não são raros os homicidios sómente á traição, sem premeditação, aponta-nos GAROFALO dois exemplos, que além disso, bem patenteam a circumstancia da traição. Um joven, talvez para obter um grão na *camorra*, vae realisar um crime de sangue, compra um revólver, mas não tendo tido occasião de experimental-o, porque não conseguiu provocar uma rixa entre os seus companheiros, chama de parte um delles para mostrar a arma, e quando este inclina a cabeça para examinal-a melhor, dispara-lhe um tiro, errando, e depois um segundo que mata o infeliz. Foi condemnado a trabalhos forçados perpetuos por assassinato com *prodizione*. Outro factio.

Um soldado passava por uma estrada rural, quando um grande cão o aggride e o morde na perna; elle o mata com um tiro de espingarda. Apparece o pastor ou vaqueiro e sciente do factio, simula calma, mostra-se indifferente, pela morte do cão, elogia até o soldado por se ter defendido e dizendo que precisava seguir o mesmo caminho, acompanha-o. De repente lança mão de sua faca e com repetidos golpes mata o desventurado. Foi condemnado por homicidio com *prodizione*.

Em ambos casos não houve premeditação, e no emtanto reclamam a pena mais grave estabelecida em um codigo.

335. — *Asurpresa* se caracteriza pelo ataque repentino e inesperado, colhida, assim, a victima descuidada, ou em posição tal, em relação ao delinquente, de não lhe ser possivel esperar o ataque, nem prevenir e evitar o mal.

O projecto VASCONCELLOS caracterisava semilhantermente esta circumstancia, estatuindo "quando o delinquente ataca subitamente o offendido para sorprendender."

A surpresa se comprehende na emboscada, isto é, logo que ha emboscada ha surpresa, mas pôde existir sem ella, porque para surprehender a victima não é necessario que o delinquente a espere em um ou mais logares.

O *disfarce* é o meio artificial e material de que se serve o aggressor para tornar-se desconhecido, como a mascara, barbas e bigodes postiços, rosto pintado, trages exquisitos, etc.

A circumstancia de não ser reconhecido o delinquente, acoroçoando a impunidade, augmenta o alarme social, e torna mais difficil a reparação para o offendido.

Isto mesmo accentúa BENTHAM, apreciando esta circumstancia, que denomina *clandestinidade do delinquente*.

Já mostrámos a differença entre a fraude e o disfarce, alli occorrendo um artificio moral e aqui um artificio material (n. 330). Alli o delinquente não se desfigura para enganar, agindo tal qual é, e aqui o engano está justamente no meio com que o delinquente procura não ser conhecido.

O disfarce, pois só constitue aggravante quando é procurado para a pratica do delicto.

Assim, aquelle que disfarçou-se para representar no theatro, se commetter um delicto, o disfarce não será aggravante.

Egualmente, nos dias de carnaval, aquelle que phantasiou-se e commetteu um delicto instantaneo, não tem contra si a a aggravante. A surpresa e o disfarce excluem as attenuantes dos §§ 3.º, 4.º e 5.º do art. 42.

### 336. — Jurisprudencia brasileira.

I. — Não se deve confundir o sentido lexicologico da palavra — *traição*, que é a simplés quebra da fidelidade promettida, com o seu sentido juridico — penal. Nesta acceção já a Ord. Philip., liv. V. t. 37, comprehendia a traição na *aleivosia*, que conceituava: “Uma maldade commettida sob mostrança de amizade, a commette-se quando alguma pessoa sob mostrança de amizade, mata ou fere ou faz alguma offensa ao seu amigo, sem com elle ter rixa nem contenda.” O homicidio assim commettido é o que CARRARA chama *proditorio* (*Prog. del Corso de Dir. Crim., parte spec.*, vol. I, §§ 1160 e 1161). Vid. GALDINO SIQUEIRA, *Dir. Pen. Braz.*, parte geral, numero 334). A aggravante da traição differencia-se da surpresa por que nella o agente prepara, em actos simulados, o descuido ou confiança no espirito do sujeito passivo do delicto, ao passo que a surpresa se caracteriza tão só pelo ataque *repentino* e *inesperado*, sem que o offendido pudesse prevenil-o ou obstal-o (*Accords. do Supr. Trib. Federal*, de 23 de dezembro e de 23 de agosto de 1929).

II. — A circumstancia aggravante da surpresa se caracteriza pelo ataque *inesperado e repentino*: apanhar a victima de *improviso*, descuidada (*Ac. da C. Camara da Côrte de Appellação*, de 5 de abril de 1916, *confirmando sentença do Juiz da 6.ª Vara Criminal*).

III. — A circumstancias aggravante da surpresa não se adapta a natureza juridica da apropriação indebita (*Ac. da 2.ª Camara da Côrte de Apellação*, de 22 de novembro de 1910).

IV. — São elementos constitutivos do homicidio — a traição, surpresa ou disfarce para entrar na casa do offendido.

Não podem, portanto, taes factos ser articulado como circumstancias aggravantes para determinarem o gráo da pena (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 7 de dezembro de 1894).

V. — A circumstancia da surpresa sendo elementar do crime de homicidio previsto no art. 294 § 1.º do Cod. Penal, não póde produzir o effeito de aggravar a pena, decretada no citado artigo e paragrapho (*Ac. do Superior Tribunal de Justiça de Pernambuco*, de 28 de julho de 1896).

V. — A circumstancia da surpresa sendo elementar do crime rostos pintados de preto, assim como os que trazem lenços sobre os rostos (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 15 de maio de 1897).

VII. — A circumstancia de traição ou surpresa é incompativel com os delictos instantaneos (*Ac. da Camara Criminal de São Paulo*, de 9 de março de 1903).

### 337. — Jurisprudencia estrangeira.

#### HESPAÑHOLA

I. — Existe disfrar quando los criminales se tiznam la cara (*Trib. Supremo*, 12 julio 1875).

II. — La ceguera constituye en un estado casi absoluto de impossibilidade para defender, por cuya razon quien hiere ó mota á una persona ciega, lo hace sin riesgo para sua persona, a no ser que circunstancias extraordinarias permitan al ciego el empleo de algún acto de defensa (*Trib. Supremo*, 4 jul. 1884).

III. — Cubriirse el rostro con harina y ponerse un pañuelo en la cabeza en la forma que lo emplean las mujeres, constituyen la circumstancias del art. 10, n. 8 (*Trib. Supremo*, 15 mar., 12 nov. 1887).

IV. — Existe la circunstancia agravante de alevosia cuando el procesado aprovecha para cometerlo le ocaçion de hallarse su victima *acostado* y aun *dormida* (*Trib. Supremo*, 25 jun. 1888, 28 act. 1889).

#### CHILENA

V. — Hai *alevosia* en el hecho de herir a una persona *dormida*, porque obra a *traición* y sobre seguro (*Corte Suprema*, 1883).

#### VIII) EMBOSCADA

338. — Segundo o § 8.º do art. 39, reproduzindo o § 12 do art. 16 do anterior codigo, é circunstancia aggravante "*ter precedido ao crime a emboscada, por haver o delinquente esperado o offendido em um ou diversos logares.*"

Esta disposição simplificou a redacção, isolando a circumstancia da emboscada de outras, como vinha no projecto VASCONCELLOS, que assim dispunha, no § 13 :

"Quando o delicto é commettido depois de ser posto de emboscada para esperar o momento favoravel, ou de ser feito arrombamento, ou de se ter tentado entrar na casa do offendido.

Na emboscada quando se esperou o offendido em um ou diversos logares." Assim definida a emboscada, tem maior extensão, por abranger maior numero de crimes, do que o conceito que da mesma dá o art. 297 do codigo penal francez, que a limita á violencia ao individuo ou á morte.

A emboscada (*guêt-apens*), define este artigo, consiste em esperar, mais ou menos tempo, em um ou diversos logares, a um individuo, quer para matal-o, quer para exercer sobre elle actos de violencias. Não fixando o mesmo codigo, como faz o nosso, o espaço de tempo para caracterisar-se a premeditação (art. 296), dahi as duvidas no extremar esta circumstancia da emboscada, confrontadas as definições respectivas (rts. 296 e 297). Em o nosso direito, essas difficuldades não existem, pois, de um lado, a premeditação tem como requisito essencial, o espaço de tempo minimo de 24 horas, entre a deliberação e a execução do crime, requisito extranho á emboscada, e de outro lado, esta exige, como signal de manifestação, a espera em um ou diversos logares, requisito não essencial á premeditação, que pôde se traduzir por quaesquer factos.

Bem conceituando o que constitúa a aggravante, diz o Dr. COSTA E SILVA, em sentença de 20 de outubro de 1909, que a emboscada ou tocaia, é a espera de um individuo em um ou mais logares, *às escondidas*. Com esta limitação deve ser interpretado o texto legal. Só ella permite dar á doutrina dahi deduzida uma explicação scientifica. E' a má fé, a insidia, a cobardia do aggressor que se esconde, muitas vezes atraz de um toco (etym. provavel da palavra *tocaiá*), aguardando a passagem ou a chegada da victima descui-

dosa, para ataca-la sem os riscos de uma repulsa defensiva, que torna aggravante, e no homicidio qualificativa, a circumstancias da emboscada.”

E' outro caso da *clandestinidade do delinquente*, como se expressa BENTHAM.

Assim, calculando reflectidamente o modo mais efficaz da execucao do crime, cercando-se ainda de precaucoes para não se tornar conhecido, e assim impossibilitando a defesa, o delinquente se revela de perversidade levada ao requinte, de temibilidade accentuada, e dahi a razão de ser tomada a emboscada como qualificativos de homicidio, nos nossos e em outros codigos. E' tambem qualificativa no caso do art. 270 do nosso codigo.

Questionava-se no regimen do codigo anterior, se a expressao — *offendido*, do § 12 do art. 16, reproduzida no § 8 do art. 39 vigente, se refere á pessoa certa ou incerta, opinando uns pela primeira hypotheze (THOMAZ ALVES, DIAS DE TOLEDO, etc.) e outros que a expressao comprehendia pessoa certa ou incerta (LIBERATO BARROSO, JOAO VIEIRA, etc.).

A razão da divergencia estava em que, definindo a premeditacao, o codigo fallava em pessoa certa ou incerta, ao passo que, tratando da emboscada, usa da alludida expressao — *offendido*. O motivo da divergencia não subsiste no codigo vigente, que não insere a clausula de poder ser certa ou incerta a pessoa, no caso de premeditacao, e mesmo em face do anterior codigo, sem esforço se vê que a boa interpretacao estava com LIBERATO BARROSO e outros que viam perfeitamente admissivel a emboscada em se tratando de pessoa incerta.

A diccao do § 8 do art. 16 desse codigo se explica, diz este criminalista, pela necessidade de exprimir-se com toda clareza, porque mais facilmente se póde comprehender a exclusao de individuo indeterminado no caso de premeditacao, do que no de emboscada. Depois, a razão desta aggravante subsiste mesmo em se tratando de individuo incerto, pois não ha negar, por exemplo, que tão temivel e perverso é o salteador que vae emboscar na estrada, o viandante incauto, que por ventura ahi passe, afim de rouba-lo, mesmo matando-o, que o delinquente que recorre á emboscada para matar determinado individuo, em ambos os casos colhida a victima inesperada e insidiosamente. A emboscada comprehende a surpresa, o inverso, porém, nem sempre tendo lugar.

A emboscada exclue as attenuantes dos §§ 3.º, 4.º e 5.º do artigo 42.

### 339 — Jurisprudencia brasileira.

I. — A circumstancia da emboscada constituindo um elemento para elevar o crime de homicidio á classificacao mais rigorosa do

§ 1.º do art. 294, não póde, por isso, em virtude da regra estabelecida no art. 37 do Cod. Penal, *ainda influir na aggravação da pena* (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 14 de maio de 1898).

II. — A emboscada, como circumstancia objectiva, communica-se a todos os co-participes no delicto, e comprehende em si a surpresa (*Accord. do Trib. da Relação de Minas Geraes*, de 27 de março de 1928).

III. — A circumstancia da emboscada comprehende a da surpresa (*Accord. do Trib. da Rel. de Minas Geraes*, de 15 de setembro de 1928).

#### IX) RELAÇÕES FAMILIAR, EDUCACIONAL, DOMESTICA E HIERARCHICA

340. — Segundo o § 9.º do art. 39, é circumstancia aggravante "*ter sido o crime commettido contra ascendente, descendente, cônjuge, irmão, mestre, discipulo, tutor, tutelado, amo, domestico, ou de qualquer maneira legitimo superior ou infeior do agente.*"

Comprehende, pois, esta disposição as seguintes relações, cada uma das quaes constituindo uma circumstancia aggravante: *familiar, educacional, domestica e hierarchica.*

A fonte da disposição é o art. 34, n. 27 do Cod. Penal portuguez.

O nosso anterior codigo continplava aggravantes analogas, mas com menos latitude, dispondo no art. 16 § 7.º: "haver no offendido a qualidade de ascendente, mestre ou superior do delinquente, ou qualquer outro qualidade que o constitúa a respeito deste em razão de pae." Cotejando esta disposição com a do codigo vigente, vê-se que diversifica deste em não comprehende a qualidade de descendente e de subordinado, e em não especificar as outras qualidades que constituam o offendido, a respeito do delinquente, em razão de pae, usando de uma clausula generica.

Commentando o codigo hespanhol, PACHECO enaltece o nosso anterior codigo, notando que "não é só do parentesco, senão deste unido á superioridade, que se deduz a aggravação.

Quando o parentesco occorrer sem a superioridade não influe para o augmento dos delictos: no caso contrario, unido á inferioridade, longe de aggravar o mal o attenúa.

Um pae póde mais a respeito do filho do que um extranho. O que é feito contra um pae será um crime horrivel, feito contra um filho apenas traspassará os limites do tolerado."

Com razão, porém, outros criticavam o codigo pela exclusão do parentesco em linha descendente. da classe de aggravantes, especialmente em caso de homicidio.

O código olvidando muito embora a identidade de razão biológica e moral da agravante, em caso de parentesco, quer em linha ascendente, quer em linha descendente, isso mesmo já reconhecido em direito romano, na Lei única c. *De his qui parentes, etc.*, onde se incluía no parricídio, quer a morte do ascendente pelo descendente, quer a do descendente pelo ascendente, seguiu a orientação do código penal francez, imitado também pelo belga, art. 395 e outros.

Afastando-se desta orientação, o código italiano considera da mesma intensidade, como qualificativa, a qualidade de ascendente e de descendente (art. 366, n. 1), assim justificando ZANARDELLI a directriz tomada: “Quel padre snaturato che lordasi nel sangue del suo sangue, che spegne l’istenza della propria creatura, quali si siano le circostanze funeste che gli fecero velo all’intelletto, non é meno esecrabile del figlio che uccide i genitore. Ove mai potesse anzi constituirsí un confronto fra i due empíi misfatti, parmi che piú esecrando ancora sia il misfatto paterno.

Poiché se dalla vittima della strage sia partita una causa impellente alla sacrilega violencia, se ne porrá presumere a responsabilitá piuttosto nel genitore che nel figlio. Questi potra trovare ta ora qualche scusa nei maltrattamenti, nelle turpitudini del padre, non già il padre medesimo nella mala condotta del filho, la quale é non di rado l’effetto, proximo o remoto, dell’incuria o dela colpa paterna (Rel C. XXXVIII, p. 266).

O nosso código vigente, incluindo como agravante da mesma intensidade, a qualidade de ascendente e a de descendente, bem corrigiu o anterior.

Passível, porém, de justa censura é em equiparar aos parentes em linha recta, o conjuge, o irmão e o tutor, bem como as relações de domesticidade e de hierarchia, evidente se patenteando a desigualdade dessas circumstancias.

Se é certo, como observa BENTHAM, que aquelles que adquiriram o habito superior da reflexão, aquelles em que se póde presumir mais criterio e experiencia, obtem naturalmente attentões e respeito daquelles que não têm podido adquirir, no mesmo gráo, o habito de reflectir e as vantagens da educação; que este genero de superioridade se encontra em geral nas classes mais distinctas dos cidadãos, em comparação das classes menos educadas, nos velhos e nas pessoas idosas de uma mesma classe, em certas profissões consagradas ao ensino publico; que por semilhantes distincções tem-se formado na massa do povo sentimentos de deferencia e de respeito, respeito infinitamente util para reprimir sem esforços as paixões seductoras, uma das bases dos costumes e das leis, pelo que indício de um caracter perigoso é a violação do respeito para com os superiores; é certo também que taes relações de superioridade, implicando fundadamente aggravação de pena quando violadas, não têm, en-

tretanto, a mesma intensidade, comparadas as que advem do vinculo de sangue, onde uma gradação ainda se nota, com as que resultam da idade avançada, da qualidade de preceptor ou da hierarchia civil ou militar.

Pelo que diz respeito ao parentesco, se pela *Lei Pompeia de parricidiis*, o delicto qualificado como *parricidio* comprehendia não sómente a morte do pae e dos ascendentes, mas tambem a do irmão, dos primos e affins até o quinto gráo, a lei de *Constantino*, já citada, reduziu o delicto á morte dos ascendentes e descendentes, levada pela melhor comprehensão do assumpto, pela consideração de que o vinculo de sangue adquire maior intensidade ou energia, gerando deveres mais imperiosos e sagrados, na linha recta ascedente e descendente do que na linha collateral, distincção accentuada que se reflecte de modo decisivo na lei civil, quer na constituição do patrio poder, quer no deferimento da successão.

Foi tendo em consideração esta differença bio-ethica, que os praticos italianos distinguam o *parricidio proprio*, comprehensivo só dos parentes em linha recta, do *parricidio improprio*, que se referia aos outros parentes, distincção que se perpetuou, consagrada pelos codigos das Duas Sicilias, sardo e italiano vigente, que considera *aggravado*, punido com reclusão por 22 a 24 annos, o homicidio quando commettido contra o conjuge, o irmão ou irmã, o pae ou mãe adoptivos, o filho adoptivo ou affins em linha recta (art. 365 n. 1), o *qualificado*, punido com ergastulo, o homicidio commettido contra ascendente ou descendente legitimo ou pae ou filho natural, desde que a filiação natural tenha sido reconhecida ou declarada legalmente (art. 366, n. 1).

Se entre parentes essa distincção se impõe, mais ainda entre extranhos, ligados por laços meramente convencionaes, como o tutor e o tutelado, o mestre e o discipulo, o superior legitimo e o inferior.

Nestes casos, o homicidio devia ser apenas *aggravado*, attentas as relações moraes entre agente e victima, como já vimos, citando BENTHAM, mas não *qualificado*, equiparado ao *parricidio proprio*.

341. — O codigo não diistingue, como faz o italiano, entre descendente *legitimo* e *illegitimo*, quer dizer entre descendente de paes casados ou não, neste ultimo caso restringindo a qualificativa aos *naturaes*, e quando devidamente reconhecidos.

A questão, pois, para o codigo italiano assume um duplo aspecto: é uma questão de *facto*, do conhecimento do jury, quando versa sobre a existencia do vinculo de parentesco ou de sangue (*facto biologico*); é uma questão de *direito*, da competencia dos juizes togados, quando se indaga se o vinculo é *legitimo*, isto é, se preenche os requisitos que a lei civil requer para assumir esse character (PUGLIA). Para o nosso codigo, que não faz distincção, a ag-

gravante resultante da qualidade de ascendente subsiste, quer se trate de filhos legítimos, quer de ilegítimos, isto é, de *naturaes* ou descendentes de paes entre os quaes, ao tempo da concepção ou do parto, não ha impedimento para se casarem, e de *espurijs*, ou descendentes de paes entre os quaes subsiste tal impedimento, por motivo de parentesco (*filhos incestuosos*), ou por vinculo matrimonial (*filhos adulterinos*).

Se é certo que o codigo civil só permite o reconhecimento de filho *naturaes* (art. 358), é tambem certo que os *espurijs* não deixam de adquirir a qualidade de filhos, se bem que para o effeito da prestação de alimentos (art. 405), solução vigorante ainda em face da preexistente legislação civil, não innovada a respeito pelo codigo civil. A' essa mesma conclusão chega BLANCHE em face da legislação franceza.

342. — Ainda em relação aos ascendentes e descendentes, o codigo não faz menção dos paes ou filhos *adoptivos*, como o codigo italiano, art. 365, n. 1, o hespanhal, art. 10, n. 1, o francez, art. 299, o de Genebra, art. 254, o de Neuchatel, art. 161, etc.

Desde a idade média se questionou se o parentesco civil podia ser equiparado ao consanguineo para os effeitos penaes, opinando pela affirmativa MATTEI e outros, com argumentos da *Lex Pompeia de parricidijs*, e pela negativa MENOCHIO, FARINACIO e outros, notando que o filho adoptivo *dicitur filius ficte et non vere et proprie*. Nos hodiernos tempos, alistando-se entre os primeiros CHAUVEAU e HELIE censuram os compiladores do codigo francez por seguir a opinião contraria, e HAUS, na ausencia de qualquer disposição no codigo belga, acompanhando aquelles tratadistas, entende que a aggravante não se estende ao parentesco civil. Se a lei civil, diz elle, estabelece uma paternidade ficticia, para explicar os direitos e os deveres reciprocos entre o adoptante e o adoptado, o fez sem inconveniente; mas que o legislador admitta essa mesma ficção para servir de base a um systema de penalidade e fóra do direito common e que crê um parricidio imaginario e ficticio, é uma injustica, porque o imperio das ficções não póde estender-se ao direito penal, sendo a natureza das coisas, e não relações ficticias, que na qualificação dos crimes deve guiar o legislador. E é possivel, por ficções, fazer correr o sangue do pae adoptivo nas veias daquelle a quem adopta ?

Em relação ao nosso codigo, não obstante não se referir expressamente ao pae ou ao filho adoptivo, não deixa de comprehendel-os, por isso que, para fundamento da aggravante, equipara o vinculo de sangue ao vinculo moral de superioridade ou subordinação, e haja vista a menção que faz do tutor e do tutelado.

A inclusão do pae e do filho adoptivos, na disposição apreciada, se conforma ainda com a orientação da legislação civil, que colloca

o filho adoptivo e consanguíneo no mesmo nível, subordinando aquelle ao patrio poder (Codigo Civil, art. 379).

343. — A *Lex Pompeia de parricidiis* equiparava ao parricidio a morte do conjuge, equiparação sustentada por JOUSSE e outros, e acceita pelos codigos hespanhol, art. 10, n. 1, e portuguez, art. 34, n. 27, fonte do nosso.

Não ha que negar que o vinculo matrimonial, com os deveres que acarreta, especialmente a mutua assistencia, alliada ao impulso natural que leva seres de sexo diverso a unir-se, constituindo a sociedade conjugal, são razões para accentuar a gravidade do crime commettido por um conjuge contra o outro, e no caso de homicidio, senão equiparar ao parricidio, tornal-o aggravado, como fez o código italiano, art. 365, n. 1. E igualmente a qualidade de irmão, offensor e offendido vinculados assim pela identidade de origem e de sangue, torna de gravidade accentuada o crimè commettido, e sendo homicidio. *fratricidio*, equiparado tambem pelo nosso codigo ao parricidio.

344. — Para a existencia da aggravante, nos casos apreciados, é necessario que o agente tenha conhecimento do vinculo do parentesco que o prende ao offendido, e de outro lado, não basta a intenção de offender ao parente, preciso sendo que seja real o vinculo do parentesco. Assim, deixa de verificar-se a aggravante ou qualificativa: 1.º) em caso de *error in persona*, isto é, quando o agente toma uma pessoa por outra, ou quando o erro recahe unicamente sobre o vinculo de parentesco, por isso que neste caso julga offender a pessoa do parente quando ao envez offende pessoa diversa; 2.º) em caso de *aberratio ictus*, ou quando accidentalmente o golpe dirigido contra uma pessoa alcança outra. Mas, como observa IMPALLOMENEI, deixando de ser aggravado ou qualificado o delicto, em virtude de erro do agente, nem por isso deixa este de revelar maior perversidade. O publico não se commove então, do mesmo modo, porque derramado não foi o sangue do pae, do filho... , mas vê no criminoso um homem capaz de derramal-o.”

Dahi a necessidade de se ter em conta desse facto na graduação da pena, a impor ao crime não aggravado ou não qualificado, em virtude do erro, mas que pôde ser aggravado por outra circumstancia, o que é previsto pelo codigo, quando na concurrencia de aggravantes e attenuantes, manda ter em consideração “a maior perversidade do criminoso, a extensão do damno e a intensidade do alarma (art. 38, § 1.º).

345. — O codigo menciona ainda como circumstancias aggravantes “ter commettido o crime contra *amo, domestico* ou de qualquer maneira *superior* ou *inferior* do agente.”

A latitude desta ultima clausula, faz comprehender como aggravantes diversas relações de hierarchia legal, como sejam as de ordem administrativa, judiciaria e militar, que implicam, como necessidade imperiosa para a boa ordem dos serviços publicos, um regimen disciplinar especial, em virtude do qual o superior adquire autoridade, não só legal, como moral, sobre o inferior, a que correspondem, por parte deste, os deveres de obediencia e acatamento, e correlatamente o direito de ser tratado pelo superior com a devida urbanidade, só passivel de reprehensão, correcção ou castigo, quando em falta funccional.

O funcionario ou empregado, pois, que no exercicio de suas funções, commette crime contra superior ou inferior, tem sua responsabilidade aggravada pela quebra dos deveres que lhe impõe o cargo ou emprego, desde que a sua qualidade não entra como elemento constitutivo do crime. Quanto ás relações de superioridade ou inferioridade privada, fór da vinculo familiar, advem, segundo o codigo, da qualidade de *amo* ou *domestico*.

O crime commettido pelo amo contra o domestico ou deste contra aquelle, se reveste, pela qualidade do agente, de maior gravidade, attenta a autoridade ou poder moral do amo sobre o domestico, ou quando este o criminoso, da quebra do dever de respeito e de acatamento, além do abuso da confiança, o aproveitamento da facilidade que o facto da convivencia estabelece.

*Amo* é o mesmo que *patrão*, isto é, o dono da casa ou estabelecimento em relação aos seus empregados.

*Domestico*; em sentido restricto, se diz de quem vive habitualmente sob o mesmo tecto, sem soldadas ou salarios, como o *criado*.

Em sentido amplo, comprehende, segundo o codigo da Baviera, art. 210: 1) todos os domesticos propriamente ditos; 2) os companheiros e aprendizes; 3) os jornaleiros, que executam seus trabalhos no interior da casa; 4) todas as outras pessoas que prestam seus serviços por um salario ou pela alimentação, e que, em razão desse serviço, podem entrar na casa e della sahir."

Finalmente é de notar que as circumstancias do § 9.º do art. 39 não têm sempre o effeito de aggravar os delictos, muito embora a generalidade dessa disposição.

Effectivamente, perdem esse effeito quando passam a formar elemento constitutivo do delicto, como no caso do art. 294 § 1.º; como no caso do art. 273, as circumstancias de ser *criado* ou *domestico* da offendida ou de pessoa de sua familia, ser *ascendente*, *descendente*, *irmão*, *tutor*, encarregado da educação da offendida; como no caso do art. 277, essas mesmas circumstancias e a de ser *conjuge*. De outro lado, assume a natureza de attenuante, no caso do § 2.º art. 42, a qualidade de *ascendente*, *descendente*, *conjuge*, *irmão*. e é uma immunidadé penal no caso do art. 335.

346. — **Jurisprudencia brasileira.**

I. — A circumstancia de ser o criminoso sobrinho do offendido não é aggravante do crime commettido, visto que este não é *legitimo* superior daquelle, legitimo por virtude de lei ou de contracto (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 31 de julho de 1901).

II. — As attenuantes dos §§ 7 e 9 do art. 42 preponderam sobre as aggravantes do § 9 do art. 39 (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 30 de janeiro de 1897).

347. — **Jurisprudencia estrangeira.**

FRANCEZA

I. — Les tribunaux, chargés d'intruire et de prononcer sur les crimes et délits, ont essentiellement caractere pour prononcer sur toutes les matières accessoires et incidentes, que s'y rattachent, et qui ne sont pas exceptées para la loi de leur juridition; qu'ils sont même compétents pour prononcer sur les questions de droit, qui naissent de l'instruction et de la difense des parties, lorsque ces questions doivent modifier ou aggraver le caractere du fait de la poursuite, et la peine, dont il peut être susceptible quoiqu'ils fussent par leur institution, incompetents pour prononcer sur ces mêmes questions de droit, considerées indépendamment du fait criminel et d'une maniere principale; que, des lors, la Cour spéciale extraordinaire a été competente pour statuer sur la qualité de fils, attribuée à Michel Feretti dans l'acte d'accusation et que constitue un des éléments ou une circonstance aggravante de l'homicide, porté contre lui dans cet acte (*Cour de Cassation*, 27 novembre, 1812).

ITALIANA

II. — L'impeto o la provocazione non esclude il parricidio (*Cass.* 25 lug. 1890).

HESPANHOLA

III. — Es agravante la relación de madrastra a hijastro menor de edad, pues comete el delito quien hacia las vese de madre (*Trib. Supremo*. 26 julio de 1877).

IV. — El parentesco entre tio y sobriño no está comprendido en este articulo (10 n. 1) — *Trib. Supremo*, 12 décembre 1883).

X) PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA

348. — Segundo o § 10 do art. 39 é circumstancia aggravante "*ter o delinquente commettido o crime por paga ou promessa de*

*recompensa.*” E’ o que tambem dispunha o anterior código art. 16, § 11, mas com sensível differença, porquanto em vez de dizer, como o vigente, — *paga* ou *promessa de recompensa*, diria — *paga* ou *esperança de recompensa*.

A *promessa de alguma recompensa*, diz EDUARDO DURÃO, juridicamente equivale á *paga* e suppõe a co-autoria, a *esperança*, não. O sicario commette o crime na persuasão de ser util ou agradável a determinada pessoa, e vae depois buscar a *paga* ou *recompensa*, não promettida directamente, mas que elle tinha *esperança de obter.*”

Assim, para o anterior código, com melhor visão protectora, a aggravante tinha logar quando houvesse mandato, ou sem convenção, agindo o criminoso na *esperança de obter recompensa pela sua acção criminosa.*

Para o actual, é necessario que haja sempre mandato, recebendo desde logo o mandatario a *paga*, ou agindo mediante *promessa do mandante.*

Não se comprehende esta restricção, quando a hypothese excluida é de possibilidade e até melhor caracteriza a temibilidade e perversidade do delinquente. A preocupação de emendar o anterior código, porque se deixou levar frequentemente o legislador, trouxe semelhantes consequencias.

Desde os antigos praticos já se distinguia o criminoso assalariado como de requintada perversidade, passível, por isso, de pena capital. GAROFALO colloca-o na classe dos criminosos *instinctivos, natos, incorrigiveis.*

Tornou-se vulgar desde o seculo XII, a denominação de *assassinium*, tomada á seita politica-religiosa dos Mahometanos cuitas, para assignalar o homicidio commettido mediante *paga* ou interesse pecuniario. *Assassinator* é o mandante, *assassinus* o mandatario, instrumento mercenario de paixões alheias, ou segundo os praticos — *is quie suscepta ab aliquo pecunia mediante mandato alterum occidit.*

E’ a esta primitiva concepção que voltou o vigente código, especificando como caso de co-autoria o facto de ter algum provocado e determinado outro a executar o crime por meio de *dadivas, promessas* (art. 18, § 2.º).

Segundo a disposição apreciada, a circumstancia sómente agrava a pena do mandatario, incorrendo, porém, o mandante no § 13, por isso que tomou parte no ajuste criminoso.

Verifica-se a circumstancia, quer a *paga* tenha sido fixada, quer deixada ao arbitrio do mandante, e a *recompensa* comprehende não só o dinheiro, como outro qualquer objecto de valor com que se dê ou se possa dar uma *paga.*

Deixa de ser aggravante, por ser constitutiva, a circumstancia, ora apreciada, nos casos dos arts. 214, 215 a 217 e 294, § 1.º.

349. — Jurisprudencia brasileira.

Esta circumstancia não se dá contra o cúmplice que depois de commettido o crime de roubo, recebe para occultar o objecto roubado (*Accórdão da Relação de Porto Alegre*, de 13 de outubro de 1874).

XI) ARROMBAMENTO, ESCALADA OU CHAVES FALSAS

350. — Segundo o § 11, do art. 39, é circumstancia aggravante “*ter sido o crime commettido com arrombamento, escalada ou chaves falsas.*” O código anterior, art. 16, § 13, só cogitava do “*arrombamento para a perpetração do crime.*”

Cada uma das circumstancias indicadas no dispositivo mostra que o criminoso teve que vencer obstaculos, que se antepunham á pratica do crime, e assim a pertinacia de sua vontade, a sua obstinação em praticar o mal. Por isso a circumstancia de facilidade ou difficuldade de impedir o delicto, não deixa de influir em maior ou menor grão no alarma que póde produzir. Como observa BENTHAM, o espirito antes de tudo é levado a comparar os meios de ataque e os meios de defesa, e segundo se julgue o crime mais ou menos facil, a inquietação é mais ou menos viva. Eis aqui uma das razões que elevam o mal de um acto de latrocínio tão acima do mal de um acto de gatunice. A força attinge muitas coisas que estariam ao abrigo da astucia. Nas depredações e roubos á mão armada, é mais alarmante aquelle que se faz no domicilio do que aquelle que se pratica nas estradas, aquelle que se commette á noite, mais do que aquelle que se opéra em pleno dia, aquelle que se combina com um incendio, mais do que aquelle que se limita aos meios ordinarios.”

Mostrada assim a razão de ser da aggravante, apreciemos cada uma das circumstancias que a produzem.

351. — O código não diz em que consista o *arrombamento*.

CARLOS PERDIGÃO censurava o código anterior por igual omisão, obrigados seus interpretes a recorrer ao conceito do crime de roubo (art. 270), do qual forma elemento integrante, para saber em que consista a circumstancia. Tendo em vista que a aggravante se refere quer aos crimes contra a propriedade, quer aos crimes contra as pessoas, e a linguagem commum, que deve servir de guia na ausencia de uma disposição de lei em contrario, podemos dizer que 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 coisa.

O arrombamento póde ser *externo* ou *interno*.

E' *externo* quando se verifica na parte externa dos edificios ou construcções, como muros, paredes, cercas ou fechos de toda especie, tectos, pavimentos ou soalho, fechaduras e quaesquer outras coisas que tenham por fim impedir a entrada em uma casa, ou em um logar fechado ou dependencia das habitações.

E' *interno* quando se verifica no interior do edificio, em muros, paredes, portas, janellas, cercos divisorios, armarios, gavetas, cofres e outros moveis fechados e servindo para pôr os effeitos em segurança. Pelo expendido, vê-se que para haver arrombamento é necessario: 1.º) que o obstaculo tenha tal solidez que sua remoção ou vencimento reclame o emprego da força; 2.º) é necessario mais que a violencia ou força tenha sido exercida contra a coisa destinada á segurança das pessoas ou das coisas. Deixa, pois, de haver arrombamento se a violencia foi exercida para collocar a coisa em condições de poder ser furtada, tal o caso de ser arrancado um gradil para ser levado; não ha arrombamento no caso do parcellamento ou destruição de parte da coisa tirada no acto de realisar o crime, para facilitar a conducção da coisa; no caso ainda da violencia recahir sobre coisas destinadas unicamente a guardar e ornamentar o objecto, como na perfuração de um tonel para tirar o vinho nelle depositado, no despedaçamento de uma joia para della separar a pedra gravada, por isso que nessas hypotheses não se verifica destruição ou vencimento de um obstaculo que tenha sido destinado á segurança da propriedade.

A circumstancia do arrombamento deixa de ser aggravante, por ser elementar, no crime de roubo (art. 358), na evasão violenta de detentos (arts. 129 e 133), no de damno e nos factos delictuosos previstos no tit. III, liv. II, doCodigo Penal, sob a denominação de crimes contra a tranquillidade publica.

E' qualificativa no homicidio (art. 294, § 1.º).

Como circumstancia aggravante pôde occorrer, por exemplo, no rapto, etc.

352. — Em accepção geral, *escalada* quer dizer: ataque, assalto por meio de escadas; acto de escalar, subir a um edificio ou muro por meio de escada que facilitem o accesso dos guerreiros (DOMINGOS VIEIRA), acto de escalar praças, dar assalto, tomår de assalto (CONSTANCIO). Em direito penal significa: entrada criminosa em uma casa ou edificio destinado a habitação ou em suas dependencias, transpondo muralhas ou outros obstaculos com o emprego de agilidade pessoal (MARCONDES ROMEIRO).

Ampliando o conceito para a sahida e transporte das coisas subtrahidas, o codigo italiano considera verificada a escalada quando "*il colpevole, per commettere il fato o per trasportare la cosa sottratta, entri nell'edificio o recinto o esca dal medesimo per via diversa da quella destinata al transito ordinario delle persone, supe-*

*rando ostacoli o ripari tali da non poter essere superati se non con mezzi artificiali o mediante d'agilit  personale*" (art. 404, n. 6).

O código belga, reproduzindo a defini o do código francez, art. 397, considera tambem como escalada: "*L'entr e par une ouverture souterraine autre que celle qui a  t   tablie pour servir d'entr e* (art. 486).

O nosso código parece afastar-se do conceito tradicional que da escalada fazem a doutrina e os melhores códigos, porquanto, no art. 357, considera como violencia *contra a pessoa a entrada   noite na casa* por meio de *escalada*, e no art. 358, definindo o que seja violencia *contra as coisas*, menciona factos que constituem a escalada, como a *introduccão dentro da casa* por conducto subterraneo, *por cima dos telhados* ou *por qualquer caminho que não seja destinado a servir de entrada ao edificio e a qualquer de suas dependencias.*"

Dahi a interpreta o, que o texto legal parece autorisar, de se afastar o código dos demais outros, excluindo do conceito da escalada exactamente o que forma sua idéa mater.

Effectivamente, como nota GIURATI, a razão de ser da agravante advem de uma condi o objectiva e de um facto subjectivo.

A condi o objectiva   a diligencia posta pelo proprietario para defender as suas coisas com abrigo seguro ou interpor entre os bens e a ac o do ladrão obstaculos oportunos; o facto subjectivo consiste na mais assignalada maldade do agente, que desprezando taes cautelas, deve, para attingir seu m o intento, vencer sensiveis difficuldades."

E' o que bem accentuou ZANARDELLI, destacando o modo insidioso e clandestino com que o crime "*viene agevolato e reso pi  pericoloso e della maggiore audacia nel commetterlo.*"

Ora, tornar a escalada meio ordinario de entrada no predio, e não meio extraordinario, quer pela via, quer consequentemente pelo esforço empregado, seria desvirtuar completamente o conceito e razão de ser da agravante.

Apezar da pessima redac o dada aos arts. 357 e 358, mais uma vez dando curso o legislador  s enumera es taxativas, a intelligencia a dar a esses dispositivos   outra.

Na alinea do art. 357, o código tem em vista a *violencia contra a pessoa*, isto  , a offensa n o directa   incolumidade pessoal da victima, mas a offensa indirecta, com a viola o do domicilio *  noite*, por meio da *escalada* e os outros meios que aponta, tendo a escalada sua significac o tradicional já mencionada.

Exigindo expressamente a *noite*, implicitamente exige que o predio seja *habitado*, por se tratar de violencia contra a pessoa, condi o bem expressa no código portuguez, art. 432,   unico, que juntamente com o argentino, art. 190, parece ter sido a fonte do nosso código, por este empeiorado.

O código portuguez estatue: “a entrada em casa *habitada* com arrombamento, escalamento ou chaves falsas é considerada como *violencia contra as pessoas*, si ellas effectivamente estavam dentro nessa occasião.”

No art. 358, o nosso código trata da *violencia contra as coisas*, isto é, da offensa á materialidade das coisas, para o commettimento do delicto. Não se exigem como condições a *noite* e a *casa habitada*, mas a violencia contra a coisa pelos meios que o texto indica, entre os quaes estão alguns, que entram como elementos constitutivos da escalada, como a *introducção dentro da casa por conducto subterraneo*, por *cima dos telhados* ou por *qualquer caminho que não seja destinado a servir de entrada ao edificio e a qualquer das suas dependencias*.

353. — Da definição dada da escalada, se deduzem como condições do facto que a constitue as seguintes:

1.º Que o agente tenha por fim entrar e effectivamente entre na casa ou edificio destinado a habitação, ou suas dependencias, como jardins, pateos, cocheiras, etc. Se o agente, por exemplo, sóbe a um muro ou ao tecto de uma casa, não para penetrar no seu interior, mas unicamente para dalli retirar qualquer coisa, não ha escalada no sentido da lei (MARCONDES ROMERO, GARRAUD, BLANCHE, CHAUVEAU e HELIE).

2.º Que para responder á condição objectiva da aggravante, o obstaculo transposto deve attestar que o proprietario foi diligente e vigilante, que procurou acautelarse e tem razão para suppôr-se garantido não sómente da deshonestidade média daquelle que, encontrada aberta a porta, entra para roubar, mas tambem da deshonestidade maxima de quem, encontrada fechada a porta ou cancella, se vale de meios artificiaes ou dos proprios dotes musculares para entrar por vias difficeis, incommodas e sempre excepçoes.

Deste principio se tiram duas consequencias: 1.ª) que o obstaculo não deve ser avaliado em relação á qualidade ou deficiencias do agente, mas em relação á potencialidade media do homem normal; 2.ª) que a negligencia do proprietario ou a influencia de causas naturaes ou de condições objectivas pelas quaes fiq̃ue paralyzada a virtude prohibitiva de obstaculos, supprime sempre a possibilidade da aggravante.

Assim, se a entrada se realisasse por uma escada movel abandonada sobre o muro ou sobre montes de pedra ou outro material que por qualquer forma facilitasse a penetração no interior, modificando a sua segurança, não constituiria o facto uma escalada, porque não houve obstaculo a vencer (GIURATI, MANZINI, GARRAUD, etc.). O mesmo deve-se dizer se o fecho ou obstaculo superado não fôr continuo, porquanto um edificio ou recinto em parte fechado, e em parte aberto, nenhuma segurança pôde offerecer ás pessoas

que no mesmo se achem, não devendo por isso causar surpresa a sua violação que, não constituindo facta extraordinario, não demanda mais rigor na sua punição (GIURATI, TUOZZI, CARRARA, PUCCIONI, MARCONDES, ROMEIRO, etc.).

Mas se o ladrão não reputou commodo o caminho para os fins mesmos do roubo, e julgou melhor alcançar seu intento, superando o obstaculo, occorre a aggravante, que reside exactamente na maior audacia e persistencia manifestada pelo delinquente para o fim do delicto: é neste sentido, diz TUOZZI, que tem sido acolhida a doutrina allemã de SCHWARZE e MERKEL. 3.º) Que a escalada seja empregada de fóra para dentro. Quando, portanto, o ladrão, depois de consummado o crime que realisou conseguindo penetrar no edificio sem ser por meio de escalada, serve-se desta para fugir ou salvar a coisa furtada, saltando muros e outros obstaculos e empregando a escada ou servindo-se de qualquer meio semelhante, esta circumstancia não constitue escalada legal, por que não foi por meio della que o ladrão introduziu-se no interior do edificio, e já estava o crime commettido quando aproveitou-se deste meio para sahir (NYPELS e SERVAIS, GARRAUD, CHAUVEAU e HELIE). NYPELS e SERVAIS fazem excepção para o caso em que o delinquente trabalhando em um jardim fechado, se introduza pela janella na construcção em que o roubo foi commettido e cuja porta estava fechada, porque em tal hypothese não ha escalada interior, mas escalada exterior.

O codigo italiano, art. 404, n. 6, admite tambem a escalada interior para a sahida e transporte das coisas subtrahidas.

354. — Em accepção ampla, *chave falsa* se diz de qualquer instrumento apto para fazer funcíonar uma fechadura, cadeado ou outro apparelho de segurança, abrindo-o sem inutilisal-o, e não sendo o mesmo de que se sirva o dono para tal fim.

Como se vê, qualquer que seja a forma do instrumento, um simples pedaço de madeira ou ferro recurvado, desde que *se preste áquelle fim*, é uma *chave*, que, não tendo sido destinada pelo proprietario para mover o ferrolho da fechadura applicada á porta de sua propriedade ou movel, considera-se *falsa* (MARCONDES ROMEIRO). Nesta accepção ampla se comprehendem as seguintes modalidades principaes:

1.ª Todo o instrumento contrafeito, imitado ou alterado para abrir as portas ou moveis alheios;

2.ª A *gazúa*, isto é, o ferro torto ou de gancho que abre fechaduras, como tambem qualquer instrumento que servindo para abrir porta ou moveis não é, entretanto, destinado a fazel-o regularmente.

3.ª A chave verdadeira achada, subtrahida ou subrepticamente obtida, pelo criminoso (codigos francez, art. 398, belga, art. 487).

O nosso codigo, sem dar definição, equipara, entretanto, á chave

falsa a chave verdadeira fortuita ou subrepticamente obtida pelo criminoso (art. 357, 2.<sup>a</sup> parte).

A razão dessa equiparação é dada pela Côrte de Cassação de França, fundamentando uma decisão nos seguintes termos:

“O destino originario de uma chave não se póde considerar ter continuado a existir, uma vez que esta chave tenha sido perdida ou subtrahida a tempo mais ou menos longo, conseguintemente o uso que della é feito por um individuo para commetter um furto servindo-se da mesma para abrir a fechadura a que deixou de pertencer, constitue emprego de chave falsa.”

A aggravante da chave falsa é muito semelhante á do arrombamento, pois em uma e em outro o criminoso elimina o abrigo, supera as difficuldades para commetter o crime.

Na aggravante do arrombamento o meio usado é a violencia, na da chave falsa é o artificio: o fundamento das duas, porém, é o mesmo (TUOZZI).

### 355. — Jurisprudencia estrangeira.

#### FRANCEZA

I. — La clef, dérobee au propriétaire par un domestique qui, après avoir quitté son service, s'en sert pour commettre un vol, est une fausse clef (Cour de Cassation, 16 décembre 1811).

II. — L'emploi d'une clef, perdue depuis un certain temps et dont la destination avait cessé d'exister, équivaut à celui d'une fausse clef (Cour de Cassation, 16 décembre 1825).

#### XII) ENTRADA OU TENTATIVA DE ENTRADA EM CASA DO OFFENDIDO

356. — Segundo o § 12, do art. 39, é circumstancia aggravante “ter sido o crime commettido com entrada, ou tentativa para entrar em casa do offendido com intenção de perpetrar o crime.”

Em forma mais correcta e incisiva o codigo anterior dizia: “ter havido entrada ou tentativa para entrar em casa do offendido com o intuito de commetter o crime (art. 16, § 14).

Seguindo o exemplo de outras legislações, a nossa tem reconhecido como um direito individual a inviolabilidade do domicilio, estatuinto a Constituição do Imperio, art. 179, § 7.<sup>o</sup>, repetida na Constituição Federal, art. 72, § 11, que todo o cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel, preceito assegurado e garantido pela lei penal, erigindo em crime especial a entrada em casa alheia, sem licença do dono ou de quem ahi estiver, fóra dos casos especificados (arts. 196 a 203), e ainda em considerar aggravante a entrada ou tentativa de entrada, quando accessoria de um crime.

O agente que assim procede revela manifestamente maior audacia e persistencia de vontade criminosa, não se detendo na pratica do crime, nem mesmo ante os preceitos constitucional e penal, e dest'arte podendo cercear a defesa, com infundir terror no offendido.

Pelo dispositivo legal, para se verificar a aggravante, são necessarias duas condições: 1.<sup>a</sup>) que a entrada consummada ou tentada, sem vencimento de obstaculo, do contrario haveria arrombamento, e realisada de dia ou de noite, tenha por fim commetter o crime. Assim, se o agente, tendo entrado em casa de outrem sem que tivesse intenção de offendel-o, e o fizer por questões sobrevindas posteriormente á entrada, o delicto que praticar não deve ficar aggravado pela circumstancia deste paragrapho, visto como o intento criminoso deve acompanhar o facto da entrada (THOMAZ ALVES, DIAS DE TOLEDO). 2.<sup>o</sup>) Que a casa seja do proprio offendido e não outra qualquer em que este se achar. Com razão diversos commentadores do codigo anterior censuravam esta restricção, inexplicavel em face do fundamento da aggravante.

Effectivamente, se erigindo a entrada em casa alheia em crime especial, sem distincção de ser do offendido ou não a casa (artigos 196 a 203), o legislador foi levado pelo intuito de assegurar a inviolabilidade do domicilio em geral: se ainda, sem distincção, e levado pelo mesmo intuito, considera justificada a repulsa do invasor á noite, quer como defesa propria, quer como defesa de outrem (art. 35, § 1.<sup>o</sup>), não se concebe como ainda procurando assegurar a inviolabilidade do lar, erigindo em circumstancia aggravante a sua violação pela entrada ou tentativa de entrada para commettimento do crime, seja a aggravante restricta á casa do offendido, quando em casa diversa se póde verificar a mesma razão da aggravação.

Argumentar-se, como faz CARLOS PERDIGÃO, que “mais arriscado é praticar o crime no asylo do offendido, onde os meios de defesa são mais seguros para este e lhe são justificaveis”, é olvidar a razão da protecção, a inviolabilidade do lar, que independente da qualidade de proprietario, e mais que a justificação da repulsa não está tambem ligada á tal qualidade, como vem claro no art. 14, § 4.<sup>o</sup>, do anterior codigo e no art. 35, § 1.<sup>o</sup>, do vigente.

E' por isso que, com dicção mais correcta, estatuem o codigo argentino, art. 84, n. 14, ser aggravante o commettimento do delicto “*con violación del domicilio ó otra circumstancia semejante*”, ou “*ejecutar el hecho en la morada del ofendido* — codigos hespanhol, art. 10, n. 20; chileno, art. 12, n. 8. A circumstancia ora apreciada deixa de ser aggravante, por ser qualificativa, em caso de homicidio (art. 294, § 1.<sup>o</sup>).

357. — Jurisprudencia brasileira.

I. — Quando o agente entra na casa de outrem sem intenção de offendel-o, o delicto que praticar, por questão sobrevinda, não deve ficar aggravado pela circumstancia do art. 39, § 12, visto como o intentó criminoso deve acompanhar o facto da entrada (*Accórdam do Supremo Tribunal Federal*, de 24 de abril de 1915).

II. — A entrada ou tentativa de entrada em casa alheia com intenção de perpetrar um crime, constitue circumstancia aggravante deste (Codigo Penal, art. 39, § 12), e não o delicto especial previsto e punido no art. 196, § unico do citado codigo, porque, conforme doutrina LIBERATO BARROSO, essa tentativa ou entrada em casa alheia, quando é um meio para a perpetração de outro delicto, constitue circumstancia aggravante deste — *Dir. Crim.*, pgs. 158-159 (*Accórdão da Relação do Estado do Rio de Janeiro*, de 16 de agosto de 1907, confirmando sentença do juiz de direito de Nova Friburgo).

358. — Jurisprudencia estrangeira.

HESPAÑOLA

Para decirse violado el hogar doméstico es necesario que el que penetre en el y cometa un delito sea una persona extraña y no su morador (*Tribunal Supremo*, 24 marzo 1876).

XIII) AJUSTE

395. — No § 13, do art. 39, o codigo considera circumstancia aggravante “*ter sido o crime ajustado entre dois ou mais individuos.*”

O codigo anterior contemplava tambem identica circumstancia, estatuindo “*ter precedido ajuste entré dois ou mais individuos para o fim de commetter-se o crime.*”

Comparadas as duas fórmulas, verifica-se que o legislador de 1890 eliminou a clausula de preceder o ajuste á pratica do crime, e o fez para evitar a duvida, antes occorrida, de ser ou não necessario, para a existencia da aggravante, a premeditação, senão legal, pelo menos real, caracterisada pela persistencia da vontade má em um intervallo apreciavel entre o ajuste e a execução do crime. Para o codigo vigente a aggravante se verifica mesmo no caso de accórdo momentaneo ou instantaneo de vontades, o que é perfeitamente admissivel. Como já observava THOMAZ ALVES, contra MENDES DA CUNHA, não é de confundir a circumstancia do *ajuste* com a da *su-*

*perioridade em força*, porque alli suppõe-se superioridade em *numero dos delinquentes*, e aqui superioridade em *força do delinquente*, sem *pluralidade deste*.

Distingue-se ainda o ajuste da circumstancia da *paga* ou *promessa de recompensa*, porque no ajuste os delinquentes têm equal parte, interesses-ou lucros futuros, ao passo que na outra circumstancia dá-se sempre o contracto, do qual um só tira como lucro a paga ou recompensa que lhe foi dada ou promettida.

Por não se ter formado uma idéa precisa da aggravante em questão, cujo conteúdo se entendia formado pelo pacto ou convenção de commetter um crime, é que diversos commentadores do codigo anterior sustentavam ser inadmissivel a aggravante em caso de mandato.

Neste sentido o Supremo Tribunal de Justiça, por decisão de 21 de agosto de 1861, proferida em gráo de revista, declarou que não procedia a aggravante em caso de mandato, por isso que o "*mandante de necessidade carecia de alliciar e ajustar um mandatario executor*", e a Relação da Bahia, revisora no feito, por accórdam de 2 de setembro de 1862, decidiu que "*é da natureza do mandato criminal haver ajuste entre mandante e o mandatario; entrando esta circumstancia do ajuste na constituição e essencia do delicto, ella não póde ser circumstancia aggravante.*"

Mas, como pondera ESTEVAM LOBO, é de notar desde logo que "*não é o mandato que é o crime, mas o objecto sobre que versa, sendo criminoso*; se assim não fosse, chegaríamos ao absurdo de que as disposições leaes jámais se applicariam — conclusão contraria ás rudimentares regras da hermeneutica."

Effectivamente, observa JOÃO VIEIRA, não considerado o caso do mandato, ficaria a co-autoria simples, o concurso de dois ou mais individuos, ao mesmo tempo autores intellectuaes e materiaes, que se *ajustaram para juntos* realisarem o crime; mas como ajuste quer dizer *pacto, convenção, accordo, estipulação, etc.*, teríamos no mandato e nessa forma de co-autoria simples os mesmos elementos subjectivos de criminalidade, a *consciencia sceleris* nos cooperadores, e tambem paridade de condições, tanto em uma forma, como em outra da co-delinquencia, conforme o art. 18, que considera igualmente os autores e, pois, tanto o *pactum sceleris*, como a *societas sceleris*.

O que o codigo pune é simplesmente a *pluralidade de delinquentes*, do mesmo modo que aggravou a *pluralidade de crimes* no mesmo art. 39, § 19. O nosso legislador de 1830 não se limitou a copiar textos de legislação estrangeira, inspirou-se muitas vezes em elevadas idéas dos grandes philosophos e particularmente nas de BENTHAM. No caso do ajuste considerou que a colligação de esforços para a pratica do crime diminua a possibilidade da defesa privada e augmenta forçosamente o alarma social; que o auxilio reciproca-

mente prestado pelos delinquentes pôde facilitar tambem a impunidade e garantir melhor a execução do crime, que deste modo não poderá muitas vezes ser evitada.

A pluralidade de delinquentes offerecendo assim maior perigo social foi, por isso, eriigida, na forma do ajuste, em circumstancia aggravante, como pela mesma razão o foi a reincidencia.

Mas o ajuste só se torna circumstancia aggrávante em caso de *concurso facultativo*, e não no caso de *concurso necessario de delinquentes*. Como já tivemos occasião de notar, commentado o art. 18, dá-se o concurso facultativo quando o crime pôde ser commettido por um só individuo, sem necessidade da co-operação de outros, como o homicidio, o roubo, o furto, etc.; dá-se o concurso necessario quando o crime, em seu conceito legal, presuppõe, como elemento essencial, uma pluralidade de sujeitos participantes da acção criminosa, como a peita, o suborno, o adulterio, a bigamia, a conspiração, a sedição, o ajuntamento illicito, etc.

Nestes ultimos, é evidente que não se pôde considerar o numero de agentes como circumstancia aggravante, por isso que é elemento essencial da criminalidade da acção, e não accidente ou contingente.

Tambem em caso de homicidio, o ajuste deixa de ser circumstancia aggravante, por ser qualificativa (art. 294 § 1.º).

### 360. — Jurisprudencia brasileira.

I. — O convite feito para dar uma *surra*, sem revelar o designio de um homicidio, não pôde ser considerado *ajuste* para commetter-se o crime de morte, que se pratica (*Ac. do Supr. Trib. de Justiça*, de 13 de maio de 1874).

II. — O ajuste é circumstancia aggravante nos casos de *co-delinquencia facultativa*, e deixa de sel-o quando a co-delinquencia é *necessaria*, como nos casos dos arts. 110, 114, e outros do Cod. Penal (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 5 de maio de 1909).

III. — Absolvido um dos dois accusados, deixa de subsistir a circumstancia aggravante do ajuste (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 12 de setembro de 1914).

IV. — No mandato criminal a circumstancia do *ajuste* é elementar, não podendo assim actuar na condemnação como circumstancia aggravante (*Accords. do Supr. Trib. Federal*, de 30 de julho e de 11 de out. de 1919).

V. — O ajuste só deves ser considerado circumstancia elementar do delicto quando sem elle o crime não se poderia realizar. O

concurso necessario, em seu conceito legal, presuppõe como elemento essencial uma pluralidade de sujeitos participantes da acção criminosa, como na peita, no suborno, no adulterio, na bigamia, na seducção, no ajuntamento illicito (GALDINO SIQUEIRA, *Dir. Penal. Braz.*, parte geral, n. 359). No crime de peculato seriam elementares do crime a fraude, o abuso de confiança; não assim o ajuste, pois o delicto pôde ser praticado por um só funcionario (*Accord. do Supr. Trib. Federal*, de 18 de julho de 1928).

VI. — O juiz não deve fazer quesitos sobre factos praticados por um agente, com indicação de nomes dos outros agentes, sujeitos ainda a julagamento, como co-autores. Não é admissivel questionar a respeito de taes factos, com a designação dos nomes dos outros agentes, para não se dar préjulgamento (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 17 de julho de 1897).

VII. — Sobre as aggravantes da noite e do ajuste (art. 39 §§ 1.º e 13), deve preponderar a circumstancia attenuante de ter sido commettido o crime para evitar mal maior (art. 42 § 6.º), pois o individuo que é levado a praticar u m crime para evitar mal maior, se acha em tal situação e sob uma prsesão tão forte que, restringindo a sua liberdade, diminue a culpabilidade na collaboração do crime.

O facto de ter sido absolvido o outro co-réo não faz desaparecer a circumstancia do ajuste para, pezando-se a da noite com a attenuante reconhecida, concluir-se pela preponderancia desta sobre aquella, desde que o jury reconheceu ajuste prévio entrando na execução do crime; e embora o réo condemnado seja um só, esta circumstancia subsiste e concorre na aggravação da pena, acompanhada da noite; mas não sendo ambas indicativas de maior perversidade, em vista da que foi reconhecida em favor do réo, dá-se, então, a preponderancia desta e a pena applicada é a do sub-medio e não do medio (*Ac. da Relação do Ceará*, de 19 de setembro de 1899).

VI. — O quesito deve ser feito — se o crime foi ajustado entre o réo e outrem — e não — se o crime foi ajustado entre dois individuos. Constitue nullidade o quesito ser formulado deste ultimo modo (*Ac. da Camara Criminal de São Paulo*, de 5 de março de 1903).

#### XIV) AUDITORIOS, CASAS DE REUNIÕES PUBLICAS E REPARTIÇÕES PUBLICAS

361. — Segundo o § 14 do art. 39, é circumstancia aggravante “ter sido o crime commettido em auditorios de justiça, em casas onde se celebrarem reuniões publicas, ou em repartições publicas.”

A fonte desta disposição é o art. 34, n. 17 do código portuguez, que considera circumstancia aggravante “ter sido commettido o crime em logares sagrados, em tribunaes ou em repartições publicas.”

O nosso legislador supprimiu a menção de *logares sagrados*, usando de expressão mais ampla — *casas onde se celebrarem reuniões publicas* — comprehensiva não só dos logares sagrados, como dos profanos, destinados a reuniões publicas, nestes pondendo occorrer tambem a aggravante. Outra modificação, e esta para peor, por importar em restricção injustificavel, é relativa á substituição do termo — *tribunaes*, pelos de *auditorio de justiça*.

*Tribunal*, em accepção objectiva, que é cabivel no caso, é o predio com logares distinctos, especialmente, para os juizes collegiaes celebrarem suas *sessões* ou conferencias e votações: para os juizes singulares darem suas *audiencias*, isto é, em dia e hora determinados, publicarem suas sentenças, ouvirem as partes ou seus advogados, decidirem seus requerimentos e questões de facil e prompta solução, na conformidade da Ord. L. III, t. XIX e mais regimentos; para os mesmos juizes singulares estarem diariamente, ouvindo as partes, despachando seus requerimentos e expediente dos feitos, — caso em que os logares que occupam, se denominam *auditorias*.

Assim, *auditorio* tem em relação a tribunal uma accepção diversa e mais restricta. Ora, a razão da aggravante, em relação a tribunaes e repartições publicas, está na necessidade de conservar o respeito á autoridade publica e seus agentes, como meio de manter a ordem social (RIVAROLA), razão que se liga com a que justifica certas sanções especiaes que protegem a segurança do funcionamento dessa autoridade e seus agentes (arts. 109 e segs., 124 e 134), visto importar em uma offensa, senão directa, indirecta aos poderes publicos (JOÃO VIEIRA); se o fundamento da aggravação é esse, não se comprehende como possa occorrer sómente em relação a auditorios, e não tambem a *sessões*, á *audiencias* e a *cartorios*. Nem se argumente que estes logares se incluem no termo — *repartição publica*, porque com esta denominação se mostra, na linguagem commum, o logar onde exercem suas funções as autoridades e corporações administrativas e seus agentes. Em relação ás casas onde se celebram reuniões publicas, a aggravante tambem se funda na maior audacia revelada pelo delinquente, que não se detem ante o logar e occasião.

JOÃO VIEIRA censura a latitude assim dada á aggravante, porque taes logares podem offerecer elementos até de attenuação, não sendo de admirar que o facto de reunião é incidentes naturaes della provoque a pratica de crimes ou contravenções.”

Effectivamente, a aggravante, nas suas diversas modalidades, previstas no texto legal, não póde ter a generalidade que seus termos parecem denotar, mas encontra devidas limitações.

Assim, se o crime foi motivado por provocação da autoridade ou de seus agentes, tratando-se de auditorios da justiça ou de repartições publicas; se daquelles a que competia velar pela ordem e regimentos dos trabalhos, nas casas onde se celebrarem as reuniões publicas; se, nas egrejas e templos, pelos sacerdotes, pastores ou encarregados do serviço religioso; desapparece a aggravante do § 14, quer se trate de repulsa pela provocação directamente feita a determinado individuo, quer feita a todos os presentes, sem declinar individualidades. Se o juiz, o funcionario da repartição publica, o presidente da assembléa, o sacerdote ou o pastor, dirigir insultos ás pessoas que os escutam, na repulsa de qualquer das presentes não ha a aggravante, caso seja commettido crime (MACEDO SOARES).

### 362. — Jurisprudencia brasileira.

I. — A circumstancia de ser o crime commettido em repartição publica é constitutiva do crime de peculato, conforme as condições em que este foi praticado (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 26 de setembro de 1900).

II. — Sobre a aggravante de — ter sido o crime commettido dentro de repartição publica (art. 39 § 14), nos termos do art. 38 § 2.º do codigo, letrás *c* e *d*, prevalece a attenuante de não ter havido, no delinquente, pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar (art. 42 § 1.º do codigo), importando, como importa, na não perversidade ou temibilidade do réo (*Ac. da 3.ª Camara da Côte de Appellação*, de 4 de dezembro de 1912, *confirmando sentença do juiz da 3.ª Pretoria Criminal*).

### XV) EDADE OU ENFERMIDADE DO OFFENDIDO

363. — Segundo o § 15 do art. 39, é circumstancia aggravante “*ter sido o crime commettido faltando o delinquente ao respeito devido á idade, ou á enfermidade do offendido.*”

O codigo anterior dizia: ter o delinquente faltado ao respeito devido á idade do offendido, quando este fôr mais velho, tanto que possa ser seu pae (art. 16 § 5). A eliminação desta clausula, que estabelecia claramente a medida legal de uniformidade e justeza das decisões, tem dado logar a duvida, entendendo alguns que a aggravante se refere não só á idade *senil*, como á *infantil*, impeorando o arbitrio dos julgadores (JOÃO VIEIRA, EDUARDO DURÃO, etc.).

Com ESCOREL, LIMA DRUMMOND e outros, entendemos que, muito embora a supressão da clausula, a disposição deve ser entendida com o limite por essa clausula estabelecida, pois ahi se depara a verdadeira razão de ser da aggravante, que é analoga á que fundamenta a aggravante do parricidio (§ 9.º).

Na expressão — *ao respeito devido á idade*, é clara, pondera MACEDO SOARES, a mente do autor do novo código — a idade do mais velho, pelo menos tanto quanto possa ser seu pae, segundo o dizer do antigo código. Para á idade infantil não ha o *respeito devido*; o sentimento que domina é diverso daquelle.” Se a velhice inspira respeito, a infancia convida ao carinho e á benevolencia, como a enfermidade move a compaixão (ABEL DO VALLE).

Como um dos fins da sociedade, escreve JOÃO VIEIRA, é equilibrar as desigualdades naturaes, é justo que a lei penal procure dar uma protecção mais ampla ao velho, castigando severamente aquelle que o offenda, para evitar que se abuse da fraqueza, que acompanha a idade avançada.”

Trate-se mesmo de um velho que não é digno de respeito por suas virtudes; sel-o-á, porém, por suas cans, e seu offensor não deixará de revelar maior somma de perversidade e mais severamente deve ser punido (FRANCISCO LUIZ).

BENTHAM reconhecia tambem esta circumstancia aggravante, que denominava violação do respeito para com os superiores, quando attende para a maior somma de conhecimentos e fraqueza opprimida, quando attende para a perda de forças.

Com JOÃO VIEIRA entendemos que o § 15 do texto comprehende a victima feminina, não havendo razão para excluir a aggravante com relação á mulher, não obstante a disposição do § 5.º, que se refere á superioridade em sexo, sem relação á idade, mas com a restricção que consagra o mesmo § 5.º, no seu final; do contrario seria a lei collocar a mulher em condição inferior ao homem, quando victima, diante do algóz, o que é simplesmente absurdo.

Dada a hypothese de ter havido provocação ou aggressão por parte da victima, subsiste a aggravante do § 15 do texto ?

E' preciso distinguir: ou dá-se a defesa propria ,art. 32 § 2.º), e não havendo crime muito menos póde haver aggravação; ou dá-se excesso de defesa, e, embora haja attenuante, existe aggggravante; ou finalmente não se provaem os requisitos da defesa, na attenuante e não se dá aggravante (THOMAZ ALVES, FRANCISCO LUIZ).

O código se refere ainda, no § 15, á *enfermidade do offendido*, circumstancia não contemplada no código anterior, e que vemos ao código portuguez, art. 34, n. 29.

Como nota JOÃO VIEIRA, não havia necessidade de particularisal-a, podendo ter sido incluída, por exemplo, no § 18, ou dar-lhe caracter de generalidade que comprehendesse todos os casos semelhantes. Por *enfermidade*, no caso, se deve entender evidentemente a que determine a impossibilidade de defender-se com probabilidade de repellir efficazmente o offensor.

Dado esse caso, comprehende-se sem esforço a razão da aggravação do delicto, pois, como já observava BENTHAM, menos a parte lesada está em estado de se defender, mais o sentimento de com-

paixão deve agir com força. Uma lei de honra vindo em apoio deste instinto de piedade, impõe um dever imperioso de não abusar dos fracos, de poupar aquelle que não póde resistir; é, pois, indício de um caracter perigoso, opprimir a fraqueza.

No sentido exposto, decidiu o Dr ANTONIO DA COSTA E SILVA, então juiz de direito em S. Simão, E. de São Paulo, que “a enfermidade a que se refere o Codigo é sómente aquella que, pela sua importancia, move a compaixão e desperta ou deve despertar o sentimento do respeito. Não é qualquer ligeira perturbação da saude.”

### 363-bis. — Jurisprudencia brasileira.

A falta de respeito devido á idade do offendido, a que se refere o art. 39, § 15 do Cod. Penal, só se verifica no caso de ser o mesmo offendido mais velho do que o delinquente, pelo menos, tanto quanto possa ser seu pae (*Accord. do Trib. de Justiça do Ceará*, de 16 de junho de 1922).

### XVI) PROTECCÃO DA AUTORIDADE PUBLICA

364. — Segundo o § 16 do art. 39, é circumstancia aggravante “*ter sido commettido o crime, estando o offendido sob a immediata protecção da autoridade publica.*” A fonte desta disposição é o art. 34, n. 30, do codigo portuguez, reproduzido textualmente.

Identica circumstancia vemos nos cods. hespanhol, art. 10, n.º 16, chileno, art. 12, n. 13. De modo geral estatuem no mesmo sentido os cods. de Zurich, § 59, letr. c, e o da Baviera, art. 92, n. 2.

A *immediata protecção da autoridade publica* verifica-se nos logares onde os juizes exercem suas funcções, nas prisões, em qualquer logar onde o individuo estiver guardando o processo, ou cumprindo pena ou á disposição da autoridade, conduzido preso.

Vem já dos antigos romanos a formula — *a pessoa do preso é sagrada (res sacra)*, adoptada para significar que emquanto o julgamento não decidisse a sorte do accusado, ninguem podia offendel-o; achava-se sob a protecção, isto é, em poder, nas mãos da justiça, representada pela autoridade competente.

O respeito devido á justiça garantia a incolumidade do preso.

A aggravação do crime commettido contra quem estiver em tal situação, diz FERRÃO, é de toda a justiça; 1.º) porque denota o estado de desvalimento, e de indefeza da parte do paciente; 2.º) porque importa uma offensa, um menoscabo, da autoridade publica.

Dá-se, da parte do agente, uma violação mais forte dos deveres, do que no mesmo factio criminoso, em circumstancia communs e ordinarias. Se a pessoa e bens do paciente se acham collocados debaixo da immediata e especial protecção da autoridade publica, é uma

consequencia logica dessa protecção legal, a maior protecção penal, em favor da mesma pessoa.

Toda a infracção, qualquer que ella seja, importa então, em si mesma, com abstracção do crime, uma violação dos deveres de cidadão, pela perturbação da ordem social.

Esta violação de deveres manifesta o estado de corrupção, ou de mal moral, que é preciso combater pelo remedio penal.”

A circumstancia ora apreciada deixa de ser aggravante, por ser qualificativa, em caso de homicidio (art. 294 § 1.º).

### 365. — Jurisprudencia brasileira.

I. — Existe esta circumstancia, quando é tirado da prisão um individuo e assassinado ás portas da cadeia (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 15 de maio de 1897).

II. — Não pôde aproveitar aos querellados a defesa sobre communhão no sitio, não só porque o damno foi praticado sobre o predio, que é da propriedade exclusiva do queixoso, como ainda porque o queixoso, no intuito de impedir nova violencia da parte dos réos, se munira de *mandado judicial de manutenção de posse*, collocando a sua propriedade *debaixo da protecção da autoridade publica*, o que ainda mais agrava o crime praticado pelos réos (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 8 de junho de 1899).

### XVII) EMPREGO DE MEIOS DIVERSOS

366. — Segundo o § 17 do art. 39, é circumstancia aggravante: “*ter sido o crime commettido com o emprego de diversos meios.*”

A fonte desta disposição é o art. 34, n. 14 do codigo portuguez, mutilada pelo nosso legislador em pontos que bem explicam a circumstancia aggravante. Diz este codigo: “*ter sido commettido o crime com o emprego simultaneo de diversos meios ou com insistencia em o consummar, depois de mallogrados os primeiros esforços.*” E’ circumstancia tambem prevista no codigo de Friburgo, art. 62, n. 2, quando manda augmentar a pena na razão da *persistencia, audacia*, etc. do offensor; nos cods. da Baviera, art. 92, n. 2, e de Zurich, art. 59, letra *c*, determinando tambem augmento de pena quando maiores obstaculos tornavam difficil a execução do facto e quando maior a *perseverança*, a temeridade e a *malicia* empregadas para preparar e consummar o mesmo.

Assim, os *diversos meios*, de que falla o texto, que deve ser entendido de accordo com sua fonte, podem ser *materiaes* ou *moraes*, cujo emprego mostra a persistencia, a tenacidade da vontade criminosa para a consecução do fim visado, cerceando assim a defesa, e dest’arte revelando o agente maior perversidade.

Nota LIMA DRUMMOND, em face do nosso código, que não parece indispensável a simultaneidade no emprego de diversos meios para caracterizar a tenacidade do propósito criminoso, do qual depende esta circunstância agravante.

XVIII) COMMETTIMENTO DO CRIME EM OCCASIÃO DE INCENDIO E  
OUTRAS CIRCUMSTANCIAS

367. — Segundo o § do art. 39, é circunstância agravante “*ter sido o crime commettido em occasião de incendio, naufragio, inundação, ou qualquer calamidade publica, ou de desgraça particular do offendido.*” Identica disposição encontra-se nos cods. portuguez, art. 34, n. 22, hespanhol, art. 10, n. 13, chileno, art. 12, n. 10 e argentino, art. 84, n. 9, incluindo tambem o primeiro entre os accidentes — o terremoto e obito, o terceiro — a *sedição, tumulto* ou *commoção popular*. E’ circunstância qualificativa, pelo nosso código, no homicidio.

A razão de ser da agravante sobresahe desde logo, sem necessidade de longa pesquisa. Na occasião de calamidade publica ou de qualquer dos accidentes mencionados no texto, os sentimentos de solidariedade e de piedade despertam a necessidade do mutuo socorro, do auxilio que todos entre si devem prestar, para a salvação commum. Ora, se o delinquente aproveita-se desta critica situação para a pratica do acto reprovado, a pena deve ser agravada, porque o crime revela a ausencia daquelles sentimentos, a perversidade é manifesta (MACEDO SOARES).

Em relação a ultima parte da disposição, que tem aspcteo geral, dizia BENTHAM que “é indicio de um character perigoso agravar a miseria”, ou o soffrimento humano, qualquer que seja a natureza, podemos accrescentar. E’ de notar finalmente, em face da expressão — *em occasião*, que o incendio e os outros factos referidos na disposição do § 18, não devem ter sido provocados pelo autor do delicto, do contrario, como *meios* para a sua pratica, passariam a constituir a agravante do § 3.º do art. 39.

XIX) REINCIDENCIA

368. — Segundo o § 19 do art. 39, é circunstância agravante “*ter o delinquente reincidido.*” Com mais correcção, mencionando o complemento, dizia o código anterior : “ter o deliquente reincidido em delicto de mesma natureza (art. 16, § 3.º).

A latitude desta formula, que não precisa devidamente os requisitos da reincidencia, deu logar á duvidas e incertezas, especialmente no determinar o que se devia entender por delicto da mesma natureza, que segundo uns era o da *mesma especie*, segundo outros quando derivado do *mesmo principio*, quando vae buscar sua fonte

no mesmo genero de corrupção. JOÃO VIEIRA era dos que sustentavam que nessa formula se comprehendia não só o caso da reincidencia propriamente dita, como tambem o caso de simples reiteração ou concurso de delictos, intèpretação que entendia não encontrava impecilho no art. 61 do mesmo codigo, por isso que ahi se estabelecia o modo de punir a pluralidade de crimes, mas nada obstava a que as penas ahi estabelecidas fossem aggravadas, *ex-vi* do artigo 16 § 3.º.

Com a formula deste artigo, que não exigia como requisito uma condemnação anterior, o codigo anterior sanccionava a doutrina imperante entre os antigos romanos, que fazia da reincidencia uma *consuetude delinquendi*, isto é, uma *perseveratio in eodem crimine* ou *in eodem genere criminis*.

Quanto aos effeitos tambem nada se oppunna á semilhante intèpretação, porque ao contrario de outros codigos, o nosso não reputava a reincidencia de accentuada gravidade, deixando de consider-a como qualificativa do homicidio, e, pois, de intensidade menor que outras circumstancia. O codigo vigente veio derimir taes duvidas, firmando no art. 40 a noção do que entendeu ser reincidencia, e no art. 66 tratando da reiteração ou concurso de delictos, editando as regras para applicação das penas respectivas.

Para o codigo (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 effeitos da lei penal, o que consiste na violação do *mesmo artigo*.”

Assim, se etymologicamente a palavra reincidencia (do latim *recidere*) significa recahida no crime, o mesmo que reiteração, no sentido legal, necessario é que haja uma *condemnação anterior* ao verificar a segunda queda, e mais ainda queda em crime *identico* ao anterior. Segundo o art. 66, ha *concurso* ou *reiteração de delictos* quando o mesmo agente tem commettido varios delictos, da mesma ou diversa natureza, antes de ser condemnado pela primeira vez, Daqui as duas categorias de delinquentes em face da lei: os delinquentes *primarios* e os delinquentes *reincidentes*.

São delinquentes primarios: a) os que têm commettido um só delicto; b) os que têm commettido diversos delictos, sem ter sido condemnados antes de commetter o ultimo — é o caso da cumulação ou reiteração de delictos; c) os que tendo sido condemnados a uma pena por um certo delicto, não se collocam precisamente, pela pratica de seu novo delicto, em um caso de reincidencia.

São delinquentes reincidentes os que se acham na situação do art. 40, isto é, os que já tendo sido condemnados definitivamente, commettem outro crime da mesma natureza, ou previsto no mesmo artigo. Dirimindo as duvidas então reinantes, com a disposição invocada, o nosso legislador não soube, porém, resolver devidamente

a questão da reincidência, armando a sociedade dos meios convenientes, de forma a combater o terrível mal, cujo incremento as estatísticas assignalam, nota GARRAUD, por duplo phenomeno: *augmento* das acções criminosa e *diminuição* de delinquentes, concentrando-se assim a criminalidade em certo numero de individuos que nenhuma repressão intimida e que vivem em estado de guerra declarada com a sociedade regular.

E no entanto achava-se em situação de dar senão uma solução completa e satisfactoria, pelo menos o mais approximada dessa meta, tendo diante de si as lições da experiencia, nossa e alheia, os vastos e profundos ensinamentos dos penalogistas, aproveitados nas codificações recentes. Levado sempre pelo casuismo, encarando a questão por um ponto de vista abstracto, “com a insensata preocupação, nota o ministro MACEDO SOARES, de abranger nos apertos da letra os variados casos da sua comprehensão”, estabelece regras absolutas, sem nada confiar aos juizes, em assumpto em que a observação tem larga amplitude, reclamando o estudo da pessoa do delinquente, dos moveis do delicto.

A analyse que vamos fazer do texto legal deixará evidenciado o que acabamos de expender.

369. — A reincidência, nota GARRAUD, offerece um duplo problema, o da *responsabilidade*, que inquestionavelmente se destaca por um aspecto especial, e o da *penalidade*, que correlatamente não deixa de ter tambem um aspecto especial. Alli nos apontando o malfeitor habitual, quando vem de commetter uma infracção grave depois de uma condemnação severa, ou uma serie de infracções depois de condemnações successivas, situação que é a expressão de um perigo que a sociedade tem o dever de conjurar, reduzindo o reincidente á impossibilidade de recommear”. Trate-se de um reincidente simples, ou de um reincidente habitual, alli vemos se desenhar, e aqui se integrar, um typo especial de delinquente, que se manifeste por aspecto anthropologico, como quer a escola de LOMBROSO, ou pelo aspecto profissional, pela influencia do meio social, como querem TARDE, PRINS e outros. O que é certo, o que a observação mostra, sem exclusivismo, é que alguns nascem com taras de tal modo caracterizadas, traços tão profundos de degeneração que não offerecem materia aos mais energicos esforços da adaptação, são seres hereditariamente inadaptaveis. Nascem com o *penchant au crime*, como outros podem nascer desformes, ou syphiliticos ou phtisicos. A influencia do meio social em tal caso não deixa de se fazer sentir, ou neutralizando, ou accentuando essas tendencias para o mal. Em outros são as circumstancias ambientes que primam, e o typo do delinquente reincidente ou de habito é talhado pelo genero de vida, pelo deboche, o alcoolismo, a miseria, a ignorancia, por uma existencia de aventuras, de experientes, de artificios e de violencias.

Juntem-se as paixões que os dominam, a prisão que lhes imprime um estigma indelevel, a difficuldade senão a impossibilidade, na maioria dos casos, mórmente onde não existe a instituição do patronato, da reclassificação na sociedade, em consequencia da repulsa que encontram, e, então, acoçados pela fome, outro caminho não tendo a seguir senão, e de novo, o do crime.

Por tudo isso adquirem um aspecto e habitos, tornam-se insensíveis, duros, cynicos. E' ir de encontro á observação dos factos, pois, considerar todos os criminosos pelo mesmo estalão, como individuos de especie identica, e suppôr no reincidente os sentimentos que nós mesmos experimentamos: o horror do crime, a vergonha da condemnação, o cuidado da honra, a noção das necessidades sóciaes. Bem ao contrario, por seus costumes, por seu temperamento, por suas idéas do bem e do mal, do prazer e da dor, da recompensa e da pena, por sua maneira de ser, de pensar e de agir, se oppõem á sociedade regular, e a prisão é unicamente para elles o risco inherente á empresa. Desde que são restituídos á liberdade, esperam a occasião de um novo delicto.

E' bem de ver que o tratamento penal para semilhantes criminosos não poderá consistir em simples elevação do gráo da pena ordinaria, como faz, em regra, o nosso codigo: é necessario o emprego de meios mas energicos e adequados á indole do criminoso.

Ora, as causas que o tornaram reincidente, umas de natureza predominantemente anthropologica, outras de natureza social, juntas a intensidade de revolta contra as normas leaes, traduzida pelo facto delictuoso, podem fornecer os elementos para distinguir os delinquentes *corrigiveis* dos *incorrigiveis*, e dest'arte a indicação do respectivo tratamento penal. A questão foi objecto de acurado estudo por parte dos congressos scientificos, nomeadamente pelos de São Petersburgo e de Bruxellas, adoptando-se como meio mais efficaz a sentença indeterminada, isto é, a não determinação da duração da prisão na sentença de condemnação para ser feita posteriormente, depois de estudo e exame do caracter do delinquente, não podendo todavia a prisão ir além do maximo estabelecido pela lei, tratando-se de delinquentes corrigiveis, e para os incorrigiveis, sentença indefinida, devendo-se porém, repetir periodicamente a deliberação da autoridade incumbida da execução para saber se o réo pôde ou não ser posto em liberdade.

Se a incorrigibilidade se constata pela reincidencia, todavia casos ha, notados por VAN HAMEL, no notavel relatorio apresentado ao congresso de anthropologia criminal de Bruxellas, que constituem excepções a tal regra: 1.º, quando a accumulção de muitos crimes graves em um certo lapso de tempo — sem que alguma pena tenha interrompido a série — posta em relação com os phenomenos anthropologicos do individuo, fornece a prova de uma profissão criminosa, de um habito difficil de estirpar-se; 2.º, quando mesmo por

um só crime o delinquente manifesta uma perversidade monstruosa e excepcional. O código penal do Noruega abriu o caminho, adoptando a sentença indeterminada para os reincidentes de certos crimes graves especificados pela lei.

Se o jury, á vista da reincidencia, julgar o accusado incorrigivel, este poderá ser conservada na prisão, cumprida a pena ordinaria, durante um prazo que não excederá ao triplo do tempo da condemnação (art. 65).

Em França, o assumpto foi tratado especialmente pela lei de 27 de maio de 1885, estabelecendo contra certos reincidentes uma presumpção de incorrigibilidade e consagrando uma medida que se approxima do systema das sentenças indeterminadas, punindo taes criminosos obrigatoriamente á relegação perpetua; mas como essa presumpção legal é necessariamente arbitraria e baseada sobre o valor e o numero das condemnações incorridas, sem estudo particular de cada reincidente, póde ella ceder diante de prova contraria da emenda moral do presumido incorrigivel. O relegado póde, por sua boa conducta, obter uma melhora de sua condição pelo beneficio da relagação individual e mesmo ser livre inteiramente da relegação pela autoridade judiciaria. Além dissò, já o código penal francez, pronuciava contra certos condemnados primarios, autores de crimes graves, que trata como incorrigiveis, as penas eliminadoras da morte e dos trabalhos forçados perpetuos, muito embora collocando-se o código no ponto de vista da gravidade objectiva do crime commetido.

A lei portugueza de 21 de abril de 1891 creou tambem a deportação para os reincidentes, como a ingleza de 1908, além da *penal servitude*, a *preventive detention*, e os projectos suissos do mesmo anno, em logar da pena, a internação do criminoso em um estabelecimento especial (*Vezwaltungsanstalt*).

370. — Collocando-se no ponto de vista classico, repudiada, por carente de razão, a opinião, aliás de limitado numero de autores, que não vê na reincidencia motivo de aggravação de pena a impor á nova infracção, o código tinha que operar por uma das duas theorias impetrantes, isto é, a que considera a reincidencia como circumstancia extrinseca, influindo só na aggravação da pena, e a que a considera antes como circumstancia aggravante do crime, cuja quantidade augmenta, influindo assim na imputação.

Defendendo a primeira theoria dizia CARRARA, em seus *Opusculos*, II, ps. 129 a 131, que augmentar a imputação significa augmentar a quantidade do delicto, mas esta quantidade é tal qual a constituem as circumstancias do facto! Ora, os precedentes crimes, pelos quaes o delinquente já saldou suas contas com a sociedade, não augmentam a quantidade do delicto successivo. E' assente que não se deve punir a malvadez do homem, mas a malvadez da acção,

do contrario confundir-se-ia a funcção do legislador penal com a do moralista. A malvadez da acção, juntamente com o damno por ella causado, não muda nem augmenta, porque o autor seja Ticius, antes que Caius. Se casos ha em que as condições pessoas podem influir na imputação, diminuindo o elemento do dolo (menoridade, surdo-mudez, e semelhantes), ou, em certos crimes, induzindo violação ulterior de um direito ou de um dever, mais accentuada que nos casos ordinarios (parricidio, domesticidade, etc.), o mesmo não se verifica na reincidencia, que não se liga ao novo delicto por nenhum vinculo logico ou juridico, a não ser mostrar um character mais máo no agente.

Mas a malvadez do agente não entra como elemento absoluto nos calculos da penalidade, a não ser que se queira fazer uma devassa na vida retrospectiva do accusado, o que, para ser logico, deveria ser feito sempre. A razão punitiva da reincidencia está na natureza da pena. As penas comminadas pela lei têm a presumpção de serem adequadas ás necessidades da repressão, confiante, por isso, o publico de que o temor dellas sirva de freio as tendencias criminosas.

Essa tranquillidade desaparece quando um delicto é commettido, mas volta quando se vê o delinquente punido, na esperança de que a ameaça convertida em effectiva irrogação fará sentir o seu peso sobre o individuo mal inclinado e o cohibirá de delinquir novamente. Mas se elle reincide no crime, tem-se a certeza de que a primeira condemnação não produziu o effeito salutar que esperava o legislador e no qual o publico depositava confiança.

Isso significa, não um vicio geral da pena, sua má escolha, porque casos raros não bastam para criticar um systema, e sim uma *deficiencia especial* em relação com aquelle homem.

Significa que aquella condemnação, sufficiente para refrear os outros, não o é para certo individuo; que a gravidade da pena comminada, sufficientemente sentida pelos outros, não o é sufficientemente sentida por um. Em uma palavra: que na pena ordinaria ha defficiencia de gravidade relativa.

A reincidencia, diz GARRAUD, constitue, não um *estado da infracção*, mas um *estado do infractor*. Differentemente das outras circumstancias aggravantes, ella não se liga, por nenhum laço, á criminalidade intrinseca da infracção, e seus effeitos não se produzem senão quando o exame do facto está terminado e que a pena em que incorreu foi fixada. Nesse sentido se tem pronunciado a Côrte de Cassação de França, por uma jurisprudencia constante, que remonta a 1812, e a essa theoria tambem se prendem os codigos hungaro, dinamarquez, grego, teciense.

Para a outra theoria, definida por IMPALLOMENI, MANZINI, LUCCHINI e outros, a reincidencia affecta directamente a quantidade do crime, e por consequente, a imputação.

Analysando-se o phenomeno do crime, diz MANZINI, se verifica : 1.º, a violação de um particular direito que dá forma e caracter especial ao crime; 2.º, a violação do direito geral da segurança, que cabe a todos os cidadãos. Em caso de delinquente primario, esta ultima violação é absorvida pela primeira, e o direito á segurança reintegra-se desde que o criminoso cahiu nas mãos da justiça.

No caso da reincidencia, a coisa é differente, porque á pena ordinaria escapa um *mais*, que se concretisa em um accrescimo da violação do direito á segurança. Se a *repetição* da violação especial, que dá o crime, não influe sobre a força immediata e particular deste, porquanto o crime, na manifestação da reincidencia, é elemento variavel, a repetição da violação *geral* offende, mais que a primeira vez, o direito á segurança, porque esta violação, no dinamismo da reincidencia, é elemento fixo.

A força moral do crime commettido em reincidencia é, pois, augmentada, e assim, se poderia dizer que o reincidente commette dois crimes, duas violações da ordem juridica, uma das quaes é *funccão* da outra.

Logo, crescendo a força moral do crime, augmenta a imputabilidade, e consequentemente cresce a responsabilidade juridica do delinquente, donde a necessidade de um aggravamento de penas, que pelo principio da proporcionalidade, quer pelo interesse que o Estado deve ter em que a ordem juridica não seja mais perturbada.

Accresce notar que a repetição do delicto, depois de condemnação, mostra no reincidente um extraordinario despreso pela lei e pelo magistrado, pelo que o delicto, ainda por este aspecto, tem uma força moral diversa e superior da commum do primeiro delinquente, e logo a necessidade de agravar a pena.

A legitimidade da aggravante, pois, se funda no augmento da imputabilidade moral, resultante da repetição da violação do direito particular, e sobretudo do direito geral á segurança da communhão social, haja ou não alarma e opiniões de diminuida segurança dos cidadãos, direito que deve ser tutelado e reintegrado pelo Estado, além da reincidencia importar um obstinado despreso pela lei e pelo magistrado, o que accresce o damno politico do novo crime.

Ao argumento de que se viola o principio *non bis in idem*, isto é, de que punir o reincidente com pena mais intensa ou duravel, em attenção ao anterior delicto, é punil-o outra vez, respondem que não ha tal, porque não se pune de novo tal delicto, e sim mais severamente o delicto novamente praticado, por isso que na sua perpetração accentuou-se a tenacidade do proposito criminoso, revestindo-se de maior gravidade o seu elemento moral, isto é, a intenção criminosa (LIMA DRUMMOND).

A esta theoria se prendem os codigos italiano, belga, austriaco, hespanhol, portuguez e os nossos, de 1830 e vigente, enumerando

entre as circumstancias aggravantes geraes a reincidencia, e sujeitando a sua influencia aggravadora ao mesmo processo das demais.

371. — A divergencia das duas theorias, ora apreciadas, tem interesse não só theorico, como pratico. Effectivamente para a theoria que faz da reincidencia circumstancia extrinseca do crime e que só affecta a pena, a sua apreciação e verificação, por isso que entra na applicação da pena, cabe aos juizes togados, e não aos jurados, como questão de direito e não de facto.

Tal a orientação firmada em França pela jurisprudencia da Côte de Cassação, considerando tal questão da competencia exclusiva da *cour d'assises*. Para a outra theoria, a reincidencia, desde que é considerada como circumstancia intrinseca do crime, affectando seu elemento moral, é circumstancia de facto, da competencia do jury. Assim, ainda mesmo que o ministerio publico ou a accusação particular offereça prova authentica da condemnação anterior, como certidão da sentença condemnatoria definitiva, a verificação e constatação desse elemento da reincidencia cabe ao jury.

A' objecção de que, constatada legalmente a reincidencia por acto authentico da anterior condemnação, seria absurdo expôr a fé desse acto ás incertezas de uma deliberação do jury, pôr em problema uma verdade irrefragavel, respondem que o acto authentico do nascimento é tambem uma prova legal, e entretanto a doutrina e a jurisprudencia, são accordes em decidir que em uma accusação de attentado ao pudor, a idade da offendida deve ser reconhecida e declarada pelo jury, e esta declaração não pôde ser substituida pela producção do acto authentico do nascimento.

Esta separação de poderes da *cour d'assises* e do jury é fundada nos principios mais lementares de direito.

Desde que a idade é, quer um elemento do crime mesmo, quer um elemento de aggravação ou de attenuação da pena, é impossivel de subtrahil-a á apreciação dos jurados, porque entra nas circumstancias do facto, e o facto e todas as circumstancias que podem modificá-lo lhes pertencem exclusivamente.

O acto authentico está fóra dos debates; não se trata de discutir seu theor e verdade; mas este acto, *que em outros casos faz plena fé, perde, em materia criminal, sua força de prova; não tem mais do que uma força de presumpção que a prova testemunhal pôde combater, que o jury pôde destruir*. Em uma palavra, não basta que o facto resulte de um acto, e preciso ainda que o jury reconheça e proclame este resultado.

Estas observações adduzidas por CHAUVEAU e HELLE, reproduzidas por NYPELS, que as declara excellentes, se applicam, diz HAUS, a todas as circumstancias constitutivas ou aggravantes do crime, sobre o qual se deve pronunciar o jury.

Não está este adstricto, finalmente, á prova legal, mas ás provas da consciencia.

372. — O nosso codigo, como elemento da reincidencia, exige que a *sentença condemnatoria anterior tenha transitado em julgado* (art. 40). Adoptou assim a *reincidencia ficta*, assim chamada por exigir apenas a sentença condemnatoria anterior, ao contrario da *reincidencia verdadeira* que implica o cumprimento da pena imposta. Argumenta-se em favor desta que o que justifica a aggravação da pena para o reincidente é a insufficiencia, demonstrada pela recahida, da pena normal e ordinaria; ora, não se pôde affirmar seriamente essa insufficiencia senão quando a pena foi cumprida, e se prove, pela execução, a impressão produzida pelo rigor do castigo sobre o espirito do condemnado (CARRARA, CANONICO, SACKER, etc.).

Exigem a reincidencia verdadeira os cods. hespanhol, austriaco, sueco, japonês, hollandez, norueguense, uruguayo, boliviano, peruano e argentino.

Em favor da *reincidencia ficta* argumenta-se que assentando uma das razões aggravadoras no desprezo do condemnado pela lei e pelo juiz, bastante é a sentença passada em julgado (ALIMENA, MANZINI, etc.). Acresce notar, observa FLORIAN, que exactamente na reincidencia ficta se revela maior temibilidade do criminoso, emquanto seja licito presumir que elle tenha sabido, com astucia ou violencia, subtrahir-se á execução da pena. Como se vê a divergencia provém da adoptação da theoria que considera a reincidencia circumstancia aggravadora da pena, ou da que a faz circumstancia aggravante do crime. Exigem a reincidencia ficta, além do nosso codigo, os cods. francez, belga, hungaro, italiano, portuguez e egypcio.

373. — Para o nosso codigo a sentença deve ser *definitiva* ou ter transitado em julgado. Comprehende-se a razão porque exige sentença definitiva, por isso que emquanto pende o prazo para appellação, ou o recurso interposto depende de julgamento, o accusado não pôde ser tido como convencido do crime, podendo lograr sua absolvição. Em consequencia, o condemnado que, no curso da appellação, commette um novo delicto, não fica em estado de reincidencia, ainda mesmo que não tivesse provimento a appellação interposta. Desde que é sufficiente a condemnação definitiva, sem ser necessario o cumprimento mesmo parcial da pena, a prescripção desta ou o perdão ou indulto não impedem a reincidencia, porque não apagam a condemnação.

O mesmo não se dá em caso de amnistia, por isso que pondo perpetuo silencio ao processo (art. 75), a condemnação se reputa nunca ter existido. Exigindo o codigo condemnação anterior e definitiva, é de indagar se a sentença emanada de tribunaes estrangeiros pôde ser tomada em consideração para a computação da reincidencia.

A questão tem sido resolvida de modo diverso, quer na doutrina, quer na legislação.

Com apoio primeiramente no tradicional principio da territorialidade da lei penal, argumentam varios tratadistas que sendo o julgamento um acto de soberania, seus efeitos devem limitar-se ao territorio da nação a que pertence o tribunal que proferiu a sentença condemnatoria, pelo que, carecendo de força obrigatoria em outro paiz, não pôde ser ahí computada para os efeitos da reincidencia.

Em segundo lugar, que o agente condemnado no estrangeiro, ao commetter novo delicto, não desmente a presumpção de que a penalidade alli estabelecida é sufficiente para fazer respeitar a lei (CARRARA, ORTOLAN, TRÉBUTIEN, CHAUVEAU e HELIE. BERTAULD, CIVOLI, etc.).

Ao primeiro argumento, respondem os autores adversos, que não se trata de punir novamente um crime commettido em paiz estrangeiro, nem de executar sentença proferida por tribunal estrangeiro, mas de tomal-a como elemento revelador do character do delinquente, da sua tenacidade ou obstinação na senda do crime e não se comprehende, então, que a sentença só por emanar de tribunal estrangeiro não possa produzir esse efeito, tratando-se especialmente de crimes communs, puniveis em toda parte.

Uma tal decisão pôde demonstrar perfeitamente o character perigoso do agente, revelando a sua inadaptabilidade não só em sua patria, como também em paiz diverso.

Reconhecer validade na sentença de tribunal estrangeiro para esse efeito não é violar a independencia reciproca dos Estados, e tanto que se lhe tem dado força de coisa julgada para impedir o processo, em determinados crimes, em obediencia ao principio do *non bis in idem*. Demais, negar efeito a taes sentenças e para a computação da reincidencia, é ir de encontro á concepção da união dos Estados, com a necessaria e sempre maior solidariedade internacional na defesa contra a delinquencia. A restricção pretendida só pôde beneficiar os mais temiveis delinquentes, que são exactamente esses que rapidamente se transportam de um lugar para outro, sem se deter ante distancias, que aliás os crescentes meios de transporte têm quasi supprimido.

Quanto ao segundo argumento, nota-se que a aggravante da reincidencia é baseada, segundo a theoria dominante, não sobre a insufficiencia da primeira pena, mas sobre a perversidade maior do delinquente, manifestada pela recahida, sobre o perigo social mais sério que esta recahida revela e, neste ponto de vista, importa pouco, quando se trata de delicto de direito commum punido por todas as legislações, que a primeira condemnação tenha sido proferida em paiz estrangeiro (VIDAL, GARRAUD, HAUS, PRINS, FLORIAN, FIORE, NICOLINI, LIMA DRUMMOND, ALFREDO RUSSEL, etc.). Discutida a questão pelo Congresso penitenciario internacional de Pariz, em 1875,

foi objecto de oito relatorios, e sobre os elaborados pelo professor LE POITEVIN e conselheiro do Estado JACQUIN, a secção e a assembléa geral do Congresso approvaram a seguinte conclusão: “Le juge peut tenir compte, dans la fixation de la peine, des condamnations prononcées à l'étranger, lorsqu'une nouvelle infraction vient à être commise sur le territoire national.” Tal a orientação predominante no ponto de vista doutrinario. Quanto ás legislações, se grande parte se atem ao principio da territorialidade da lei, entendido aliás na sua forma mais grosseira, negando efficacia á sentença de tribunal estrangeiro para computação da reincidencia, algumas a admittem expressamente, como os codigos dos cantões suissos de Neuchatel. Valais, Vaud, Schiaffuse, Lucerna, San Gall, da Noruega e de New-York, admittindo este a sentença estrangeira quando se tratar de *felony*. O nosso codigo exigindo, como elemento de reincidencia, que o outro crime seja da mesma *natureza*, restringiu de tal modo o conceito de *natureza*, como de tal entendendo o que *consiste na violação do mesmo artigo*, que veda efficacia a sentença estrangeira para computação da reincidencia, muito embora tenha reconhecido effeito á taes sentenças no art. 5, effeito ampliado a outros crimes pela Lei n. 2.416, de 28 de junho de 1911, como já tivemos occasião de ver. A formula do art. 40 não leva á outra conclusão.

374. — O nosso codigo, ao contrario da maioria dos demais codigos, não estabeleceu um prazo, excedido o qual não se possa considerar reincidente o individuo que novamente pratique delicto da mesma natureza. Assim, o nosso codigo admittiu a permanencia do estado de reincidencia. Esta regra encontra excepção da Lei sobre marcas de fabrica n. 1.236, de 1904, art. 17, reproduzido no art. 122 do Decr. n.º 16264, de 1923, que estatuo ser a reincidencia punida com o dobro das penas estabelecidas nos arts. 13. 14 e 15, se não houverem decorridos dez annos depois da anterior reincidencia punida com o dobro das penas estabelecidas nos arts. 13.

Assim, vigora em nossa legislação, como regra, o systema do estado *permanente* da reincidencia, e como excepção, o de estado *transitorio* ou *temporario*. Em favor deste ultimo systema, allega-se que a aggravação da pena em caso de reincidencia, funda-se em que o delinquente não teve em conta a advertencia que o Estado lhe dirigiu sob forma de pena e que, decorrido certo tempo, presume-se esquecida essa advertencia e não se póde mais acreditar na persistencia ou ao menos na energia de uma tendencia que por muito tempo ficou inactiva e sómente se mostrou devido muitas vezes a circumstancias externas, alheias a essa tendencia, a que se contrapuzeram boas tendencias contrarias.

Accresce notar que as estatisticas demonstram que os verdadeiros reincidentes se produzem em um tempo muito approximado da condemnação, muitas vezes no anno mesmo desta (GARRAUD,

ORTOLAN, CHAUVEAU e HELIE, VON LISZT, STOOS, MANZINI, CIVOLI, IMPALLOMENI, BRAZ FLORENTINO, JOÃO ROMEIRO).

Não deixa de ser empirico semelhante criterio; o facto mesmo da pratica do novo crime, em certas e determinadas circumstancias, decorrido o prazo mais ou menos arbitrario fixado pelo legislador, convence de não se fazer regenerado o individuo que novamente delinuiu. Ao criterio do decurso do prazo deve forçosamntne associar-se o da prova da regeneração do criminoso, não bastando mesmo demonstrar-se que elle não delinuiu durante um certo tempo. Preferível, pois, é o systema que consagra a permanencia do estado de reincidencia, desde que facultativa seja a aggravação da pena. De facto, poderá o juiz, apreciadas as circumstancias especiaes em que foi o novo crime praticado, depois de um certo tempo e apurado o procedimento do criminoso no decurso desse periodo, aggravar ou deixar de aggravar a penalidade.

O que não se concebe é que decorrido um certo prazo não seja licito ao juiz semelhante aggravação, como tambem não se concebe a aggravação obrigatoria da penalidade, por menos indicativo que seja da permanencia dos impulsos criminosos, da mesma natureza ou de natureza diversa, o crime novamente praticado, á vista das circumstancias em que foi elle praticado.

A necessidade imperiosa da individualisação da pena justifica a theoria do estado permanente da reincidencia, nas condições expostas (LIMA DRUMMOND, VITO PORTO, FLORIAN, HAUS. O nosso codigo consagrando, como-regra, o systema do estado permanente da reincidencia, não tornou facultativo, mas obrigatoria a aggravação da penalidade, indo assim de encontro a elementares normas racionais, reguladoras do instituto. A preocupação de reduzir tudo a regras fixas, como se tratasse de phenomenos puramente materiaes e mechanicos, quando em jogo está a actividade humana, no polymorphismo de sua manifestação, leva a semelhantes incongruencias.

375. — Outro elemento essencial da reincidencia, segundo o art. 40 do nosso codigo, é que o novo delicto seja da *mesma natureza*, como tal se entendendo o que *consiste na violação do mesmo artigo*.

Adoptou assim o codigo a *reincidencia propria* ou *especifica*, que se distingue da *reincidencia impropria* ou *generica* em consistir aquella na reiteração, depois de uma condemnação, do mesmo delicto ou delicto da mesma natureza e esta, a reincidencia generica, na reiteração, tambem depois de uma condemnação, de um delicto da mesma ou diversa natureza. Nas mais antigas legislações só apparece a reincidencia especifica, por melhor se destacar a persistencia da vontade criminoso na reiteração do mesmo delicto, a principio, e depois tambem em delicto semelhante. Como bem nota ORTOLAN,

“a maior severidade contra esta sorte de reincidência é instinctiva, é a que apparece primeiramente nas leis.”

Só mais tarde, abstrahindo melhor e melhor generalizando, se applicou o conceito da reincidência a delictos de natureza diversa, aggravando-se assim a pena não só do reincidente especialista, como tambem do reincidente encyclopedico.

Os que restringem a reincidência á reiteração do mesmo ou semelhante delicto, argumentam que só a reiteração do mesmo facto ou de factos da mesma especie denota o habito do delicto, e póde constituir o malfeitor de profissão (CHAUVEAU e HELIE, BERNER, LISZT). Em contrario argumentam outros que mais temivel é o delinquente que longe de ser determinado sempre pelo mesmo motivo, cede a motivos diversos, assim mostrando uma aptidão multipla ás mais variadas e diversas formas de delinquencia, e tambem insensibilidade á pena ordinaria como advertencia e meio de intimidção (CARRARA, CANONICO, GAROFALO, LOMBROSO).

Essas distincções, comquanto exactas theoreticamente, na pratica não têm o character absoluto que se lhes quer dar. Uma opinião mixta foi proposta: de uma parte, dar á reincidência geral um effeito aggravante, mas dar á reincidência especial um effeito mais aggravante ainda, attendendo sua gravidade maior (SCHEURIEN); de outra parte, ao contrario, dar á reincidência geral um effeito mais aggravante do que a reincidência especial (TRÉBUTIEN). Essas diversas opiniões foram sustentadas no Congresso penitenciario internacional de Pariz, de 1895, que admittiu poder ser a reincidência geral ou especial, segundo os casos, a natureza dos factos e a personalidade de seus autores.

Na verdade, é a solução que melhor attende a realidade e melhor consulta os interesses da repressão. Bem inspirado, já o codigo italiano a tinha adoptado, punindo não só a reincidência geral como a especifica, esta em forma mais grave (art. 81).

Egualmente os codigos hespanhol e o bulgaro punem as duas modalidades da reincidência. O nosso codigo em vez de inspirar-se em taes exemplos, assegurando assim mais efficazmente a ordem social, atteve-se exclusivamente á reincidência especifica, e o que mais é, retrogradando á sua primitiva forma, estabelecendo uma reincidência *especialissima*, com exigir a reiteração do delicto consistente na violação do *mesmo artigo*, o que quer dizer, a reiteração no *mesmo delicto*.

Ora, dos codigos que adoptam a reincidência especifica, os melhores não a restringem por essa forma, e haja vista o codigo holandez, arts. 421 e 423, que faz consistir a reincidência não só na recahida na mesma infracção, como tambem na recahida em infracção *semelhante* pela sua *natureza* ou pelo seu *fim*.

Restringindo, por tal forma o conceito da reincidência, o codigo leva a verdadeiros absurdos, tendo-se em vista a qualificação que

faz de certos crimes, além de excluir da categoria de reincidentes, os mais temíveis delinquentes, nos quaes o habito do crime se patenteia ao menor exame. Assim, nota ESCOREL, o individuo condemnado por ter furtado *carne, peixe, banha, couro* do mercado publico, *crime do art. 330*, não tem contra si a circumstancia da *reincidência*, se furta essas *mesmas coisas* de um estabelecimento de *salga*, crime do art. 331, § 2°.

E no emtanto ambos estes factos estão no capitulo que se inscreve — “*Do furto!*” Não é tambem reincidente o individuo que condemnado por homicidio qualificado, por paga (art. 294, § 1.º), mata depois para roubar (art. 359), quando o movel é identico, e a pena a mesma ! Essas incongruencias se repetem em outros casos, quando em jogo está o problema maximo da criminalidade, para cuja exacta solução elementos de valia tinha o legislador, ministrados pelos scientistas e o direito dos povos cultos.

Como bem diz JOÃO VIEIRA, apreciando a singular disposição do art. 40 — “ha enunciados que por sua evidente falsidade dispensam refutação.” Sendo da mesma natureza o novo crime, isto é, consistente na violação do mesmo artigo, é preciso ainda que seja independente do primeiro, e não uma consequencia da condemnação ou um factó ligado á execução desta (GARRAUD).

Assim, diz JOÃO VIEIRA, a evasão do condemnado, que o nosso codigo penal prevê comminando pena no art. 132, não poderia ser aggravada como reincidencia, desde que versa sobre efeitos da mesma condemnação a que o condemnado procura subtrahir-se.”

376. — Apreciada a reincidencia quanto á sua *extensão*, isto é, quanto aos factos delictuosos que comprehende, e em face do art. 40 do codigo, se verifica que é ella admissivel entre crimes *dolosos*, ou entre crimes *culposos* e entre *contravenções*, tomado o termo — *crime*, alli empregado em sentido generico.

Excluindo os crimes culposos da reincidencia, dizia PESSINA que “o aggravamento da reincidencia visa só os maleficios dolosos, fundando-se na maior perversidade no delinquir, que se revela na repetição, pelo que não se póde estender aos delictos advindos de culpa e contra a intenção do delinquente.”

Mas o aggravamento se justifica, diz MANZINI, desenvolvendo a theoria acceita pelo nosso codigo, porque o reincidente dos crimes culposos manifesta um maior desprezo do que o delinquente primario para com as normas de convivencia social e para o magistrado, persistindo em usar voluntariamenté, no desenvolvimento de sua actividade, de meios que já conhecia como anormaes á idéa do direito, quer pelo factó da sua mesma intelligencia, quer pela experiencia da condemnação inflingida.”

Effectivamente, qualquer que seja a razão adduzida para a punibilidade da culpa, a persistencia na negligencia, na frouxidão, na

incuria, dá maior alarma social, requer um freio mais severo e logo deve ser punida com mais grave sanção do que a simples e primaria negligencia (FLORIAN, SAUVARD, ALTAVILLA).

Quanto á relação entre crimes communs e crimes militares, poucos são os autores que admittem a reincidencia, sendo opinião dominante que é admissivel tão sómente em caso de crimes militares que têm a natureza de crimes communs, exceptuados, pois, os crimes exclusivamente militares, isto é, que podem ser commettidos sómente *uti miles*, attentas suas razões proprias e disciplina singularmente severa (CARRARA, PESSINA, IMPALLOMINI, etc.). Eguamente é *opinio communis* que os crimes politicos não podem concorrer com os crimes communs para formar o estado de reincidencia, attenta tambem á diversidade dos motivos productores de uns e de outros.

377. — Quanto aos *efeitos* da reincidencia podem ser considerados como *communis* e *especiaes*.

O *efeito commun* consiste em um certo augmento da pena a applicar-se pelo novo delicto. A medida desse aggravamento de pena, segundo o nosso codigo, nada tem de peculiar, pois rege-se pelas mesmas regras das outras aggravantes.

Assim, o codigo não sujeita o reincidente a tratamento especial, equiparando-o a qualquer outro delinquente.

Bastaria só isto para mostrar a inferioridade da nossa legislação em relação ás demais, que previdentemente, tanto quanto possível, têm regulado o assumpto. Restringindo a reincidencia pela maneira singular por que faz o art. 40, e não sujeitando o delinquente reincidente a tratamento especial e rigoroso, parece que até ha empenho em protegê-lo ! Esse aggravamento de pena é obrigatorio, e, pois, ao juiz não cabe entrar na apreciação dos motivos que determinaram o novo delicto, e só verificar se houve condemnação anterior e definitiva e se o delicto novamente commettido é constituído pela violação do mesmo artigo: quasi uma função mechanica. Não se deixa arbitrio nenhum ao juiz para reconhecer ou não a reincidencia, segundo as circumstancias occorrentes, e dest'arte individualisar a pena; mas nisso o que vae em detrimento do criminoso, pôde ser obviado de certo modo pelo reconhecimento de attenuantes, baixando a pena ao sub-médio. Em caso de homicidio, a reincidencia entra como qualificativa (art. 294, § 1.º).

Quanto aos *efeitos especiaes*, uns se referem ao processo, outros a aggravamento especial. Em relação ao processo, a reincidencia tem o *efeito* de interromper a prescripção da acção e da condemnação (art. 81). Quanto ao aggravamento especial, é estabelecido no art. 400, sujeitando-se o vagabundo, que houver quebrado o termo de tomar occupação, o que importa em reincidencia, ao recolhimento por um a tres annos, em colonias penaes, que se fundarem em ilhas maritimas, ou nas fronteiras do territorio nacional.

378. — Jurisprudencia estrangeira.

FRANCEZA

I. — Les lettres de grâce obtenues par un individu, encore qu'elles lui aient fait remise de la peine des travaux publics, n'ont ni aboli le premier crime ni effacé la tache qu'il avait imprimée sur sa personne. La prescription de la peine et les lettres de grâce ou de commutation, de peine, obtenues de la faveur du monarque, n'éteignent pas le premier crime et n'en changent pas la nature; elles ne détruisent point une condamnation modifiée seulement dans ses effets, et ne peuvent conséquemment dispenser de la peine encourue pour la récidive (Cour de Cassation, 5 décembre 1811, 5 juillet 1821, 4 juillet 1828).

II. — L'amnistie est un acte de l'autorité souveraine qui fait disparaître tous les effets des peines, des crimes et des délits amnistiés à l'exception de ceux spécialement maintenus par cet acte; par suite, les condamnations prononcées antérieurement à l'acte d'amnistie pour un des crimes ou délits qui en font objet, ne sauraient être admises pour constituer l'état de récidive de l'individu qui, frappé par cette condamnation, commettrait un nouveau crime ou délit postérieurement à la date de cette amnistie (Cour de Cassation, 25 novembre 1853).

III. — Les condamnations effacées par une amnistie ne peuvent servir de base à la récidive (Cour de Cassation, 6 mars 1874).

IV. — Doit être annullé l'arrêt qui déclare le prévenu en état de récidive, sans indiquer la cause, la date et la nature de la condamnation antérieure, ni s'expliquer sur le caractère définitif de cette condamnation (Cour de Cassation, 13 septembre 1900).

BELGA

V. — Il ne faut pas, pour qu'il y ait récidive, que le coupable ait déjà subi sa peine au moment où il commet le second crime; il suffit que la condamnation antérieure soit devenue irrévocable (Cour de Cassation, 21 avril 1902).

ITALIANA

VI. — La grazia lascia integri gli effetti della condanna, la quale va tenuta in calcolo nella récidiva, a meno che il decreto di grazia non contenga una diversa disposizione (Cass., 7 aprile 1896).

VII. — La récidiva porta aumento di pena per ciascuno dei delitti commessi posteriormente alla prima condanna (*Corte di Cassazione di Torino*, 20 luglio 1887).

Art. 41. Também se julgarão aggravados os crimes:

§ 1.º Quando, além do mal do crime, resultar outro ao offendido ou a pessoa de sua familia;

§ 2.º Quando a dôr physica fôr augmentada por acto de crueldade;

§ 3.º Quando o mal do crime fôr augmentado ou por circumstancia extraordinaria de ignominia, ou pela natureza irreparavel do damno.

379. — O legislador, seguindo o methodo do codigo anterior, e reproduzindo seus dispositivos, discriminou as circumstancias deste artigo das que enumerou no art. 39, e assim se houve porque alli se tratava de circumstancias anteriores e que acompanham o facto, nascidas das relações deste com o tempo em que elle se dava, dos meios que se empregavam, das causas que o motivaram, etc.; aqui trata-se de circumstancias posteriores ao facto, que a elle se prendem, e que delle são consequencias. A doutrina do § 1.º deste artigo 41 funda-se nas seguintes proposições de BENTHAM: “1.ª O total de um delicto é maior se resulta um mal consequente ao mesmo individuo. 2.ª O mal total de um delicto é maior se resulta um mal derivativo a um terceiro.”

Neste ultimo caso o codigo fez razoavel restricção, exigindo que esse terceiro seja pessoa da familia do offendido, porque assim se explica melhor a relação e a causa da aggravação.

Exemplificando, com ESCOREL, melhor se distingue do mal constitutivo do delicto o mal delle resultante ao offendido ou á pessoa de sua familia: O commerciante, devendo concluir, em certo dia, um negocio para com os recursos provenientes desse negocio pagar uma letra que se vence naquelle mesmo dia, recebe, horas antes, um tiro que o deixa em estado grave. O negocio por esse motivo não é feito; a letra não é paga, o que determina ser declarada a fallencia do offendido, produzindo a perda do seu credito — ou a esposa daquelle offendido, vendo-o chegar carregado e todo ensanguentado, recebe tal impressão que fica muda, ou fallece de uma syncope cardiaca.

Dada a occorrenca desse mal moral ou physico, como consequencia do delicto, é de rigorosa justiça o aggravamento da pena, porque aquelle que pratica um mal deve ser responsavel por todos os males que são consequencias do primeiro, quer os soffra o proprio offendido, quer um terceiro. Não procede a objecção de MACEDO SOARES, de que a consequencia de todo o crime é um mal, quer se considere genericamente, quer especialmente em relação ao of-

fendido ou pessoa de sua familia, e assim a fórmula do § 1.º deste artigo, ficaria reduzida a uma petição de principio, de rara applicação, pois todo crime se julgaria aggravado baseando-se naquella disposição — e não procede porque a qualificação do delicto deixa ver qual o mal que o constitue, e a esse pôde sobrevir outro, quer ao offendido, quer á pessoa de sua familia, constituindo, então, este mal *consequente* ou *derivado* a aggravante, o que aliás deixam claro os exemplos apontados.

380. — No § 2.º, deste art. 41, o codigo considera aggravado o crime “quando a dôr physica fôr augmentada por acto de crueldade.”

Igual circumstancia continha o anterior codigo, expressa, porém, em fórmula mais comprehensiva, dizendo: “quando a dôr physica fôr augmentada *mais que o ordinario* por alguma circumstancia extraordinaria (art. 17, § 2.º). Aqui ainda expirou-se o codigo em BENTHAM, quando reputava circumstancia aggravante ser “augmentado o mal do delicto com a dôr physica extraordinaria que *não é da essencia do delicto*.” Nesta clausula deixava o tratadista bem explicita a razão da aggravante, isto é, a perversidade revelada pelo agente, pelo modo de execução do delicto, augmentando a dôr physica do offendido, sem necessidade, pelo prazer de tortural-o longamente. No codigo francez, imitado pelo sardo, são punidos como em outros casos, como as lesões corporaes commettidas com instrumento de tortura, a extorsão, o sequestro de pessoa, o estupro e outros semelhantes, commettidos com *sevicias*.

São condições da aggravante: 1.ª Que seja augmentado o mal physico do delicto. Presuppõe, pois, a aggravante um sêr *vivo* como sujeito passivo do delicto. Em consequencia deixa de ter logar a aggravante quando os actos forem praticados no morto, como a mutilação ou esquartejamento do cadaver (*dépeçage criminel*, dos francezes), de que conta a nossa pratica judiciaria casos celebres (processos PONTES VISGUEIRO, MARIA DE MACEDO). Seria logico que semelhantes casos fossem comprehendidos na aggravante, pois revelam, com toda a hediondez, a perversidade instinctiva do criminoso, mas estão excluidos porque não ha sujeito em condições de sentir os actos praticados.

Egualmente não está comprehendida na aggravante a *dôr moral*, muito embora cause longo e penoso soffrimento á victima, por exemplo, o ferimento, o assassinato do pae depois de assistir ao estupro da filha ou da esposa.

2.ª Que o augmento da dôr physica não seja *essencial* ao delicto.

Tal o caso dos tormentos infligidos á pessoa sequestrada ou passivel de estupro; tal o do homicidio commettido com mutilação.

E' por isso que o codigo anterior dizia — quando a dôr physica

fôr augmentada mais que o *ordinario* por alguma *circumstancia extraordinaria*.

3.<sup>a</sup> Que o augmento do mal physico do delicto seja feito intencionalmente, ou como diz GROIZARD, com a consciencia do que se faz, com vontade de fazer soffrer á victima desnecessariamente, com a crueldade refinada de augmentar seus padecimentos.

Quando isto succede, a maldade toca seu ultimo limite, a pena deve ser elevada. Consequentemente se o augmento não é deliberado e devido antes a accidentes ou circumstancias extraordinarias que não são filhas da vontade intencionada do culpado não se produz a circumstancia aggravante: “Requer-se, além da intenção criminosa, a intenção especial de sevicar, de causar tormentos ou maiores soffrimentos (CARRARA, IMPALLOMENI, PUGLIA).

Frequentemente, em casos de homicidio, se induz tal intenção da multiplicidade e gravidade das feridas; mas se tal facto constitue indício de proposito do agente, é de notar que não constitue sempre prova sufficiente, podendo resultar a multiplicidade de golpes da colera incontida, do desejo de ultimar logo o homicidio, ou de consummal-o instantaneamente (GROIZARD, PACHECO). Adverte CARRARA que a crueldade do meio usado para matar, como o veneno, o incendio, a fome, não constitue a aggravante de que se trata, a aggravante dos actos de barbaria ou sevicias, exactamente porque não se manifesta por qualquer coisa de mais além dos actos e violencias escolhidas como *meio* de matar. Segundo o nosso codigo teriamos a aggravante do § 3.<sup>o</sup> do art. 39, dado o emprego dos meios ahi especificados.

381. — No § 3.<sup>o</sup>, do art. 41, reúne o codigo duas circumstancias contempladas distinctamente pelo codigo anterior no art. 17, §§ 3.<sup>o</sup> e 4.<sup>o</sup>.

A primeira dellas é de ter sido augmentado o mal do crime por circumstancia extraordinaria de *ignominia*.

Na linguagem commum, *ignominia* quer dizer infamia, torpeza, deshonra, injuria, affronta publica, baixeza, envilecimento. *Ignominioso* — affrontoso, infamante, vergonhoso, que deshonra, desdoura (DOMINGOS VIEIRA).

BENTHAM já considerava como aggravante o augmento do mal do delicto por circumstancia extraordinaria de *ignominia*.

Objecta MACEDO SOARES que tal circumstancia tanto póde *augmentar o mal*, a que se refere o § 3.<sup>o</sup>, como constituir outro *mal* resultante do crime nos termos do § 1.<sup>o</sup>.

Assim, no caso do art. 305, a offensa physica com instrumento aviltante, com o fim de injuriar, além do mal — a dôr physica causada pela offensa — o instrumento aviltante procurado de proposito com o fito de injuriar, de expôr ao desprezo publico, augmenta o mal, tornando-o *ignominioso*, isto é, affrontoso, infamante.

Ora, se as consequencias moraes e materiaes são as mesmas, confundem-se, quanto ao offendido, as fórmulas de aggravação dos §§ 1.º e 3.º.”

A’ parte não constituir propriamente circumstancia aggravante o emprego do instrumento aviltante, porque é elementar do crime do art. 305, não procede o argumento, notando-se que no § 1.º cogita o codigo do mal resultante ou derivado do delicto, sem qualquer outro caracteristico, ao passo que no § 3.º trata-se de circumstancia, não commum ou de occorrença frequente, mas *extraordinaria* e com caracter ou natureza *ignominiosa*.

O outro caso previsto pelo § 3.º, do art. 41, é de ter sido augmentado o mal do crime pela natureza *irreparavel do damno*, circumstancia que, pelos mesmos termos, já era considerada como aggravante por BENTHAM. Os commentadores do anterior codigo se pronunciavam contra a admissão desta aggravante, argumentando-se que ou o delicto importa damno irreparavel, ou está incluído no delicto, e o legislador quando fez o computo da pena já contou com ella, e então temos uma circumstancia que no dizer de CUNHA AZEVEDO é uma *quitação com usura que multiplica o valor do credito*; ou então é circumstancia aggravante sempre infallivel no computo das penas, e, portanto, impossivel a applicação do gráo minimo da pena, o que é absurdo (THOMAZ ALVES). Objecta JOÃO VIEIRA que é possivel applical-a em alguns casos, e que o fosse a um sómente, isto bastaria para justificar o legislador. Assim, os arts. 90 e 261 e seguintes e talvez outros do codigo offerecem base para tal.

Se em virtude dos factos alli previstos, o cidadão soffrer, no primeiro caso, um mal qualquer, e no segundo, uma condemnação e cumpril-a, como reparar o damno já soffrido ?

### 382. — Jurisprudencia brasileira.

O damno irreparavel é elemento essencial e constitutivo do crime de homicidio, e não pôde ser convertido em circumstancia aggravante desse crime (*Accórdão da Relação do Rio*, de 31 de março de 1874).

### 383. — Jurisprudencia estrangeira.

#### CHILENA

Considerando que aunque por el número de heridas con que aparece el cadáver (*nueve puñaladas*), se revela que ha habido ensañamento de parte del réo, no hay mérito para establecer que este haya aumentado deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido (*Corte Suprema*, 1879).

**Art. 42.** São circumstancias attenuantes:

§ 1.º Não ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar;

§ 2.º Ter o delinquente commettido o crime para desaffrontar-se de grave injuria, o seu conjuge, ascendente, descendente, irmão ou cunhado;

§ 3.º Ter o delinquente commettido o crime em defesa da propria pessoa ou de seus direitos, ou em defesa das pessoas e direitos de sua familia ou de terceiro;

§ 4.º Ter o delinquente commettido o crime opondo-se á execução de ordens illegaes;

§ 5.º Ter precedido provocação ou aggressão da parte do offendido;

§ 6.º Ter o delinquente commettido o crime para evitar mal maior;

§ 7.º Ter o delinquente commettido o crime impellido por ameaças ou constrangimento physico vencivel;

§ 8.º Ter o delinquente commettido o crime em obediencia á ordem do superior hierarchico.

§ 9.º Ter o delinquente exemplar comportamento anterior, ou ter prestado bons serviços á sociedade;

§ 10. Ter o delinquente commettido o crime em estado de embriaguez incompleta, e não procurada como meio de o animar á perpetração do crime, não sendo acostumado a commettr crimes neste esatdo;

§ 11. Ser o delinquente menor de 21 annos.

384. — Neste artigo enumera o codigo as circumstancias attenuantes, isto é, as circumstancias que affectam o crime, diminuindo a imputabilidade, e, assim influindo na penalidade. Exceptuadas as constantes dos §§ 8 e 9, todas as outras figuravam no anterior codigo, art. 18.

Ainda neste ponto este codigo, e reflexamente o vigente, se inspiraram nas lições de BENTHAM, que na influencia do character do delinquente sobre o alarma social, encontra a explicação das attenuações da pena. Denomina assim as circumstancias que tendem a diminuir o alarma, porque ellas fornecem um indicio favoravel ao character do delinquente. Exceptuando as circumstancias da embriaguez e da menoridade, todas as mais que enumera apresentam um ponto commum, e é que o delicto não tem sua fonte originaria na vontade do delinquente. A causa primaria é um acto de *outram*, uma vontade *extranha* ou algum *accidente physico*. A' parte este evento, o delinquente não teria sonhado em se tornar culpado, teria permanecido innocente até o fim da sua vida, como elle havia sido até então, e mesmo se não fosse punido, sua conducta futura seria

tão boa, como se elle não tivesse commettido o crime em questão. Sob essa intuição, o nosso codigo faz uma enumeração taxativa das circumstancias attenuantes, systema cujos defeitos se manifestam desde logo, sem necessidade de larga demonstração. Passemos a apreciar uma a uma as circumstancias enumeradas.

I) FALTA DE CONHECIMENTO PLENO DO MAL E DE DIRECTA  
INTENÇÃO DE O PRATICAR

385. — “*Não ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar*”, é a circumstancia attenuante do § 1.º, do art. 42. Com a mesma dicção, vemol-a contemplada no § 1.º, do art. 18, do codigo anterior. Por não definir este codigo o crime culposo, excepto em alguma disposição, onde se referia á negligencia (art. 125), entendiam uns que fóra desses casos não eram passíveis de pena as acções culposas, e outros que a culpa se enquadrava perfeitamente na fórmula daquelle § 1.º.

O codigo vigente procurou dirimir a contenda, conceituando a culpa no art. 24, de sorte que a disposição do § 1.º, do art. 42, se referisse só aos crimes dolosos. Como já vimos, ao commentar o art. 24, ha crime doloso quando o agente tem conhecimento do mal e intenção de o praticar. Identificam assim os criminalistas classicos a intenção com o dolo, que realmente, na sua forma typica, consiste na direcção da vontade para o evento criminoso, quando este é o motivo e o escopo do agente; mas não é a unica, porquanto a acção delictuosa póde ter efeitos que vão além dos fins do delinquente, e se foram por elle previstos, e, entretanto, agiu, não *para isso* e sim *apezar disso*, estão, sem duvida, comprehendidos no seu dolo, mas não na sua intenção. Nestas condições, para remediar a estreiteza do conceito, foi necessario alargal-o, dando-se á palavra *intenção* um sentido improprio, concebendo-se a *intenção indirecta* para comprehender os *efeitos remotos* ou *mediatos do acto delictuoso*, e com isto, nota JOSÉ HYGINO, introduziu-se no direito penal um tropo perigoso que tendia a obscurecer a differença entre o dolo e a culpa. —

Dahi as duvidas que dava lugar o § 1.º, do art. 18, do anterior codigo, como já notamos, em parte dirimidas pelo vigente, conceituando a culpa em disposição diversa (art. 24), mas com a mantença da dicção impropria de *intenção indirecta*, dando ensanchas a obscurecer a linha divisoria entre o dolo e a culpa, dada a controvérsia que em doutrina reina com a adopção de tal dicção

Para a verificação da attenuante em questão, é preciso que o agente não tenha *pleno conhecimento do mal*, resultante da acção. isto é, que não possa prevel-o de todo, por não se apresentar como consequencia necessaria, mas possivel, e não o *tenha por escopo ou fim*, antes visando obter outro resultado de menor gravidade. Se,

porém, o resultado mais gravoso é o que se verifica, por este não pôde responder inteiramente, visto não estar em correspondencia com seu proposito.

Dahi a razão da attenuante. Não se comprehende nesta attenuante, o caso da preterintencionalidade, considerada como comprehensiva do dolo no antecedente e da culpa no consequente, isto é, o agente agindo com conhecimento de seu acto, mas sem previsão do resultado que se operou, ao passo que na intenção indirecta o agente pôde prever o resultado como possível, mas não o tem como fim a realisar (LIMA DRUMMOND).

A attenuante apreciada é admittida pelo codigo hespanhol, estatuinto, porém, mais amplamente “no haber tenido el delincente intención de causar um mal de tanta gravidad como el que produjo (art. 9, n. 3); pelo codigo argentino: “no haber tenido el delincente intención de causar todo el mal que produjo (art. 83, n. 3); pelo codigo da Baviera: “Quando o culpado, em consecuencia de falta de instruccão, ou por fraqueza natural de intelligencia, não comprehendeu toda a gravidade do perigo, nem a extensão da prohibição ou da pena determinada por sua acção.” Este ultimo conceito é o que condiz com a disposição do § 1.º, do art. 42, do nosso codigo.

Não tem influencia a circumstancia, nos crimes para os quaes é estabelecida uma pena em vista do nexa de causalidade, como, por exemplo, nos arts. 146, 149, §§ 2.º e 3.º, 161, 2.ª parte, 164, paragraho unico.

### 386. — Jurisprudencia brasileira.

I. — Não pôde ter logar esta circumstancia nos crimes de prevaricação (*Accórdam do Supremo Tribunal de Justiça*, de 12 de fevereiro de 1877).

II. — A attenuante do art. 42, § 1.º, prepondera, pela sua natureza, incontestavelmente, sobre as aggravantes de superioridade em força e armas; applica-se a pena no gráo sub-médio (*Accórdão do Supremo Tribunal Federal*, de 7 de novembro de 1913).

III. — A attenuante do art. 42, § 1.º, prevalece sobre as aggravantes do motivo frivolo e da superioridade em sexo, força e arma (*Accórdão do Supremo Trib. Federal*, de 10 de novembro de 1915).

IV. — A attenuante da falta de pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar exclue a aggravante da surpresa, mas não a da superioridade em arma, que não demonstra intenção perversa do criminoso (*Accórdão do Supremo Tribunal Federal*, de 11 de agosto de 1926).

V. — A attenuante do art. 42, § 1.º, do Código Penal, não faz desaparecer a agravante da superioridade em armas, nem se faz mister, para a existencia desta circumstancia, que a arma usada pelo criminoso tenha sido por elle procurada para a pratica do delicto, por isso que a restricção da defesa existe quer o agente tenha procurado propositadamente a arma, quer o não tenha. A attenuante alludida exprime: ou que o crime foi preterintencional (dolo no antecedente e culpa no consequente) e a preterintencionalidade vem a ser o fundamento intrinseco da attenuação da pena, ou que o dolo foi indirecto ou eventual, ou finalmente, que houve uma diminuição na intelligencia ou na vontade do criminoso no acto de commetter elle o delicto. Diminuição que, entretanto, não faz desaparecer o character doloso da infracção, apenas modera-lhe o elemento moral do delicto. A agravante referida independe da maior ou menor accentuação do elemento moral do delicto. A attenuante sómente exclue a agravante quando expressa uma situação incompatível com a que a agravante traduz, como no caso de concurso de alguma das attenuantes do art. 42, §§ 3, 6, 7 e 8 e a agravante do motivo reprovado ou frivolo. Até onde vae a influencia da attenuante do art. 42, § 1.º, dil-o o art. 38, § 2.º, letra *d* (*Accórdão do Supremo Tribunal Federal*, de 1.º de agosto de 1927).

VI. — Ha manifesta incongruencia entre o reconhecimento da agravante do ajuste e da attenuante do art. 42, § 1.º (*Accórdão do Supremo Tribunal Federal*, de 6 de julho de 1928).

VII. — Reconhecida a attenuante do § 1.º, do art. 42, do Código Penal, não ha como se cogitar da agravante do emprego de diversos meios para a pratica do crime. A attenuante alludida prepondera sobre a agravante da superioridade em arma e força (*Accórdão do Supremo Tribunal Federal*, de 15 de maio de 1929).

VIII. — A attenuante de não ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar prepondera sobre as agravantes do motivo frivolo e da superioridade em armas (*Accórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo*, de 6 de março de 1894).

IX. — Tem em seu favor a circumstancia do § 1.º, do art. 42, do Código Penal, o individuo que, em estado de colera, profere palavras injuriosas (*Accórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo*, de 24 de maio de 1897).

X. — Tem o réo em seu favor a circumstancia attenuante do art. 42, § 1.º, do Código Penal quando, encetando a publicação injuriosa, analysando com commentarios a forma da constituição de

uma sociedade commercial, estava na convicção errada de que exercitava um direito garantido pelas nossas leis, e sem responsabilidade criminal (*Accórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo*, de 5 de julho de 1899).

XI. — A attenuante do art. 42, § 1.º, do Código Penal, prepondera sobre a aggravante da superioridade em armas, § 5.º, do art 39, (*Accórdão da Camara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo*, de 1.º de setembro de 1903).

XII. — Sendo a attenuante do § 1.º, do art. 42, do Código Penal, de maior importancia que a aggravante — motivo frivolo, deve aquella preponderar, nos termos do § 2.º, do art. 38, do citado Código, e, portanto, ser a pena applicada entre o médio e o minimo (*Accórdão do Superior Tribunal de Pernambuco*, de 5 de junho de 1914).

### 387. — Jurisprudencia estrangeira.

#### HESPAÑOLA

I. — Es de estimar la circunstancia tercera del art. 9 cuando riñendo dos, el hermano de uno de ellos tira una pedrada que causa la muerte al lesionado (*Tribunal Supremo*, 10 febrero 1876).

II. — Es jurisprudencia constante del Tribunal Supremo rechazar, como opuesta á la naturaleza del delito de injurias la circunstancia del art. 9. n. 3 del Cod. Penal, no siendo de estimar en los delitos ejecutados por medio de la palabra, pues es preciso para apreciarla que el delito produzca un resultado material (*Tribunal Supremo*, 9 marzo, 6 octubre, 1887, 21 octubre 1889).

III. — No es de estimar la circunstancia tercera del art. 9 del Código Penal, si los medios que voluntaria y deliberadamente empleó el culpable, fueren adecuados y eficaces para producir toda la extensión del mal que causó (*Tribunal Supremo*, 11 julio 1890).

#### II) GRAVE INJURIA

388. — Segundo o § 2.º, do art. 42, é circunstancia attenuante "*ter o delinquente commettido o crime para desaffrontar-se de grave injuria, o seu conjuge, ascendente, descendente, irmão ou cunhado.*"

A fonte desta disposição é o § 4.º, do art. 18, do código anterior, modificado pelo vigente, por não incluir tambem a clausula da desaffronta de honra, e por ampliar a attenuante ao *cunhado* do delinquente. Quanto á exclusão daquella clausula, o código a fez por

julgal-a comprehendida na *grave injuria*, pois o bem juridico offendido em caso de injuria é a honra, como valor pessoal que pôde ser accrescido pela estima e consideração dos concidadãos, e tomada a honra, no ponto de vista das relações sexuae, sua offensa quando não forma a justificativa do art. 32, § 2.º, origina a atenuante do § 3.º, do art. 42. A disposição, que ora commentamos, guarda intima relação com a dos §§ 3.º e 5.º, deste artigo, como teremos occasião de mostrar. Em uma sociedade politicamente organizada, ao poder publico é que cabe, em regra, exercer o direito de punir, e ao offendido sómente licito é exercel-o em situação de defesa propria ou alheia. Fóra desses casos excepçionaes, a acção do individuo, invadindo a esphera de acção de outrem, é tida como producto do sentimento de vingança, e, pois, vedada pela lei.

Mas, embora agindo fóra dos casos excepçionaes, se o individuo é impulsionado fortemente por intensa dôr, em desaffronta de uma grave injuria irrogada contra si ou qualquer dos parentes que o texto enumera, a sua responsabilidade pelo crime commettido não pôde ser assimilada á de qualquer outro delinquente, mas diminuida, attento o *estado passional* em que agiu e ao *motivo* desse estado.

O principio de utilidade social intervém limitando o principio de justiça absoluta, attenuando a responsabilidade do agente, em consideração a serem sociaes e moraes os motivos que determinaram a irresistibilidade da sua acção criminosa. O damno mediato, que é a força moral considerada objectivamente, modificado pela menor intensidade da força moral subjectiva do crime, legitima a atenuação da pena.

Tem-se em vista a influencia do character do agente sobre o alarma social; não se revela tão nocivo aos interesses sociaes o individuo que foi impellido á pratica do crime por força irresistivel interna de natureza nobre, isto é, por motivos moraes e sociaes.

A circumstancia em questão deve ser confrontada com a causa dirimente da imputabilidade criminal prevista no art. 27, § 4.º, na qual, como já vimos, não se poderá juridicamente incluir a exaltação passional que não fôr produzida por impulso morbido irresistivel, dependente de um temperamento morbido (LIMA DRUMOND).

389. — A injuria, determinante da reacção do delinquente, deve ser tomada, não na accepção restricta, mas ampla, como *factum vel dictum in alteris contemptum prolatum*, na concepção dos antigos autores, isto é, deve ser tomada como *injuria* propriamente dita, nos termos do art. 317, ou como *calumnia*, segundo o art. 315, quer dizer como offensa á honra por meio da palavra, gesto ou signal reputado insultante na opinião publica, ou pela falsa imputação de facto que constitúa crime. Nessa accepção ampla, a injuria deve ser *grave*, forma não definida pelo codigo, mas deixada á elucidação dos juizes e tribunaes. Outro criterio não pôde ser adoptado senão ter em vista a posição, a conducta do offendido no meio social em que vive,

e a desconsideração soffrida, especialmente o seu effeito no animo do mesmo offendido. Effectivamente, se a honra é o valor pessoal correspondente á posição que o individuo occupa entre seus concidadãos, o que presuppõe o *valor moral* e o preenchimento dos deveres que a posição impõe, isto é, o *valor social* (LISZT), é bem de ver que a gravidade da offensa irrogada a esse bem juridico será tanto maior quanto maior fôr a desconsideração ou negação do valor moral e social do individuo, e effeito produzido no seu animo. Este ultimo aspecto deve ser considerado mais especialmente, porque é pelo effeito produzido pela offensa no animo do offendido, determinando reacção mais ou menos prompta e vehemente, que se pôde ajuizar do seu sentimento de honra e intensidade da offensa irrogada. O criterio é, pois, prevalentemente subjectivo. O agente deve estar nas peculiares condições psychicas determinadas pela injuria grave, quando vem a commetter o delicto, para poder invocar a attenuante, e isso quer seja directamente offendido, quer indirectamente, nas pessoas de seu ascendente, descendente, conjuge, irmão ou cunhado, ou nas pessoas ás quaes fôr ligado pelo estreito vinculo de sangue e de affecto, que os grãos de parentesco consanguineo ou affirm estabelecidos pela lei determinam.

Trata-se aqui da chamada força irresistivel, determinada por uma exaltação passional, derivada não de um impulso morbido irresistivel, mas de injusta offensa. Para aquilatar desse estado psychico, não se deve ter em vista limites de tempo dentro dos quaes a reacção deva operar com efficacia attenuante.

Em logar das fórmulas arithmeticas e chronologicas, tão caras aos antigos criminalistas, o criterio deve ser psychologico, inferido das reaes condições de animo do offendido. Ora, a reacção pôde operar-se logo após a offensa ou irromper impetuosa tempos depois, pois tudo depende do character, do temperamento, da educação, elementos que se devem ter em vista para a apreciação do caso, de sorte a ficar certa a relação de causalidade que deve existir entre a offensa e a reacção, sem interferencia de outros moveis, para os effeitos attenuantes.

O nosso codigo, ao contrario do hespanhol, art. 9, chileno, art. 11, n. 4, e portuguez, art. 39, n. 13, que exigem uma relação de proximidade entre a offensa e a desaffronta, nada dispõe a respeito, não se podendo considerar subtendendida semelhante relação, por isso que permittido não é fazer distincção que a lei não faz principalmente para aggravar a situação do delinquente, o que importa negar uma attenuante. Não se poderia negar a attenuante deste paragrapho no caso seguinte: Pedro, de volta de uma viagem, sabe que sua esposa soffreu, em sua ausencia, uma grave injuria de Paulô. Pedro, no primeiro encontro que tem com Paulo, appliche o castigo que merece, desaffrontando assim a sua esposa (ESCOREL). O codigo não distingue tambem entre parentesco legitimo

ou não, mas como é o vínculo de sangue, com os sentimentos que gera, que se tem em vista para autorisar a attenuante, não ha que fazer tal distincção.

Os citados codigos hespanhol e chileno comprehendem expressamente o parentesco consanguineo legitimo e illegitimo, e o portuguez os tios, sobrinhos ou affins nos mesmos grãos. O nosso, dos affins, comprehende só os cunhados, relação de parentesco que nossa legislação tem tambem em conta, pela communhão de sentimentos que estabelece, nas incompatibilidades para cargos judiarios. Tal a força da attenuante em questão, que o extincto Supremo Tribunal de Justiça, em face do anterior codigo, e na revista n. 1.682, decidiu que “é de uma força, que supera e tira toda a importancia das aggravantes, pelo que em concurso com estas, devia impôr-se a pena no minimo.”

### 390. — Jurisprudencia brasileira.

Tem em seu favor esta circumstancia o individuo que assassina outrem, no acto de ser esbofeteado por aquelle que foi assassinado (*Accórdão da Relação do Rio*, de 31 de março de 1874).

### 391. — Jurisprudencia estrangeira.

#### HESPANHOLA

Existe esta circumstancia en la mujer casada que, encontrándose sola, dispara un tiro y hiere al entrar en su casa al que propalaba por el pueblo que tenia con ella relaciones amorosas (*Tribunal Supremo*, 7 marzo 1883).

#### III) DEFESA PROPRIA OU DE OUTREM

392. — A attenuante prevista no art. 42, § 3.º, dá-se quando o agente se achar em situação de defesa da propria pessoa ou de seus direitos, ou em defesa das pessoas e direitos de sua familia ou de terceiro, mas que não se tornou *legitima*, por faltar um ou alguns requisitos do art. 34 ou do art. 35, § 1.º. BENTHAM classifica este facto com a expressão — *conservação de si mesmo e conservação de pessoa cara*.

Assim, se a aggressão é *actual*, mas falta qualquer dos outros requisitos do art. 34 ou do art. 35, § 1.º, o delinquente tem em seu favor a attenuante do § 3.º, do art. 42.

A attenuante assim caracterizada funda-se na menor perversidade revelada pelo delinquente. THOMAZ ALVES, referindo-se á idêntica attenuante contemplada no art. 18, § 3.º, do codigo anterior, diz que seria para desejar que o codigo mencionasse como circums-

tancia atenuante o *excesso de defesa além do necessario para re-  
pellir o mal*, como aliás consagra BENTHAM, de cuja doutrina mais  
se approximou o projecto VASCONCELLOS, quando estatuiu:

§ 3.º Quando o delinquente exceder os limites da  
propria defesa.

§ 4.º Quando o delinquente commetter o delicto tra-  
tando da conservação de pessoa que lhe é cara.”

O excesso de defesa está, porém, bem subentendido, desde que  
não ocorra o requisito do n. 3, do art. 34.

### 393. — Jurisprudencia brasileira.

A circumstancia atenuante de *defesa propria*, de *direito de  
terceiro* ou de *familia* prepondera sobre a aggravante da superio-  
ridade em arma (*Accórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo*,  
de 3 de abril de 1894).

#### IV) OPPOSIÇÃO À EXECUÇÃO DE ORDENS ILLEGAES

394. — Segundo o § 4.º, do art. 42, é circumstancia atenuante:  
“*ter o delinquente commettido o crime oppondo-se á execução de  
ordens illegaes.*”

Commentando o art. 35, § 2.º, vimos que o crime é reputado  
justificavel quando commettido em resistencia a ordens illegaes, não  
sendo excedidos os meios indispensaveis para impedir-lhes a exe-  
cução, e, pois, deixa de haver a justificativa desde que haja *excesso*  
e a ordem fôr *illegal*.

Ha, porém, atenuante, porque o agente, diz THOMAZ ALVES,  
foi despertado por um motivo alheio á sua intenção, o que faz descer  
o gráo de perversidade, e, portanto, uma condemnação menor.

No mesmo commentario ao art. 35 § 1.º, vimos o que são ordens  
illegaes, conceito que se deve ter em vista na atenuante ora apre-  
ciada.

#### V) PROVOCAÇÃO OU AGRESSÃO

395. — Segundo o § 5.º do art. 42, é circumstancia atenuante:  
“*ter precedido provocação ou aggressão da parte do offendido.*”

Nesta disposição reuniu o codigo duas circumstancias, que eram  
previstas distinctamente nos §§ 6 e 8, do art. 18 do anterior codigo,  
naturalmente por consideral-as da mesma intensidade.

O texto não diz em que consista *provocação* e quaes as suas  
condições para constituir atenuante, e, por isso, cabe á doutrina  
e á jurisprudencia elucidar o assumpto.

Em accepção vulgar, *provocação* é a excitação, a incitação, o desafio, por actos ou palavras, que produz a colera e leva á uma acção irreflectida. O individuo que age em estado de irritação ou de colera, produzida por provocação, exactamente como no caso de injuria grave (§ 3.º), não tem vontade inteiramente livre, antes de certo modo coacta, coacção, diz CARRARA, que precipita a determinação criminosa e faz esquecer mais facilmente os preceitos da lei prohibitiva. A paixão, que assim excita o aspecto de um mal, é uma paixão *cega*, e influe na responsabilidade, degradando-a, por isso que diminue a intensidade da força moral subjectiva do crime, e consequentemente a força moral objectiva.

Quem reage á uma offensa não o faz por expontanea vontade, mas por um impulso natural, pelo que menos temivel se offerece á sociedade. Além disso, nota TUOZZI, occorre a razão juridi a de proporção e de compensação, porque aquelle que soffre o delicto depois da offensa que commetteu, deve imputar a si a causa primaria do delicto, e reconhecer destruida, porquanto era a offensa por elle feita, a offensa soffrida.

Para produzir o effeito attenuante, além de produzir o estado psychico notado, que deve ser apreciado *in concreto*, em face das circumstancias, do character e da situação da pessoa, exactamente como no caso do 3.º (n. 388), a provocação deve ser *illegitima*, caracteristico necessario para lhe dar a natureza mesmo de offensa.

Não provoca, pois, o superior que censura o subalterno por sua negligencia; o pae que admoesta o filho por conducta irregular; aquelle que transita por terreno de outrem, se exerce uma *servitus itineris*.

Esta condição é explicita no codigo italiano, art. 51, quando se refere á uma *ingiusta provocazione*. Já FARINACIUS, com os antigos criminalistas, dizia: *iracundia non excusat sine justa causa*, e a justa causa resulta de *injusta offensa* de outrem.

Quanto ao *tempo*, tem-se estabelecido, como condição essencial e geral da attenuante, que a provocação e o crime, sua consequencia, sejam bem approximados, que não tenha decorrido entre esses extremos um intervallo sufficiente para permittir que a reflexão implante o sentimento da vingança. O nosso codigo anterior dizia que a provocação devia ser mais ou menos *recente*.

Por sua vez BENTHAM dizia que é mister que a provocação tenha sido recebida no curso da mesma querella. Para se saber o que constitue a mesma querella, e o que se deva considerar como recente provocação, é necessario traçar linhas de demarcação.

Que o *sol se deite sobre vossa colera*, eis aqui o preceito da escriptura. O somno deve acalmar o transporte das paixões, a febre dos sentidos, e dispôr o espirito á influencia dos motivos tutelares.

Este periodo natural poderia servir, em caso de homicidio, para separar aquelle que é premeditado daquelle que não o é.

Como se vê desde logo, não é uma regra satisfactoria, já que as condições psychicas não se prendem assim tão invariavelmente as condições de tempo, além de que se faz da premeditação a anti-tese da paixão, o que não é exacto (n.º 307).

Se a provocação attenúa a culpabilidade pela paixão de que foi causa, é bem de ver que emquanto perdurar esse estado psychico, o que pôde se protrahir por tempo bem sensível, admissível é a attenuante.

Aqui ainda, como no caso da attenuante do § 3.º, só o exame do caso concreto decidirá. Da mesma forma a gravidade da provocação, de sorte a produzir irritação ou colera tal que leve o individuo a delinquir, é circumstancia a apreciar *in concreto*.

Quanto aos factos constitutivos da provocação, os mais variados podem occorrer. O código penal francez, considerando a provocação como uma *escusa relativa*, isto é, com o effeito de minorar a pena, e não de eximir da responsabilidade, como a *escusa absoluta*, e limitando-a ao homicidio, aos ferimentos e offensas physicas, restringe ainda os factos que a podem produzir a quatro, a saber: pancadas e violencias graves contra as pessoas; ultrage violento ao pudor; flagrante delicto de adulterio da esposa na casa conjugal; violação por escalada ou arrombamento do domicilio durante o dia (arts. 321 a 326).

O código belga tambem limita a provocação a esses factos, exceptuado o ultrage violento ao pudor (arts. 411 a 413).

O nosso código, se expressamente não faz limitação dos factos productores da provocação, implicitamente a contem.

Assim, a provocação, constituída por palavras, gestos ou signaes, deve traduzir desafio, excitação ou incitação directa ás vias de facto, se as palavras, gestos ou signaes visarem offender a honra, mas sem essa excitação, incitação ou desafio, não teremos na repulsa a attenuante da provocação, mas o da desaffronta de injuria grave, § 2.º. Para o nosso código a provocação não comprehende tambem a aggressão material, porque constitue esta a attenuante do § 5.º, ultima parte.

Não comprehende ainda o ultrage violento ao pudor, porque não reunindo este os requisitos do art. 34, para constituir a justificativa do art. 32 § 2.º, passa a formar a attenuante do § 3.º.

Quanto á violação do domicilio durante o dia, por importar numa aggressão imminente á pessoa, salvo prova em contrario, não constitue causa de provocação, mas a attenuante do § 3.º.

Pelo expendido, vê-se a differença que extrema a attenuante da provocação da attenuante da defesa propria ou de terceiro, esta presuppondo uma aggressão actual e repulsa prompta, embora sem os demais requisitos do art. 34, e a provocação, não aggressão material, mas desafio, excitação ou incitação, ás vias de facto.

O código não exige que a provocação seja feita á pessoa mesmo que reage, pelo que tem-se entendido que não deixa de constituir atenuante, desde que seja dirigida á pessoas caras ao delinquente, como taes se entendendo as mesmas a que se refere o § 2.º deste art. 42, por identidade de razão. Como bem notou a Cassação de Italia, em decisões de 23 de janeiro de 1905 e de 3 de abril de 1903, não se podia negar isso “senza disconoscere le leggi dell’umana natura, per le quali le ofese ai propri congiunti o alle persone care possono esser considerate anche piú di quelli fatte alla persona propria.”

396. — A outra atenuante do § 5.º do art. 42, é “*ter precedido aggressão da parte do offendido*”. Trata-se da aggressão pela força violenta, porém que cessou, sem repulsa do aggreddido.

Embora *passada* a aggressão, se o aggreddido, por exemplo, pratica um ferimento na pessoa de seu aggressor, tem em seu favor a circumstancia atenuante deste §.

Distingue-se a aggressão, que forma a atenuante desta disposição, da aggressão que forma a atenuante da defesa propria ou de outrem, porque nesta segue-se logo a repulsa, ao passo que naquella ha algum tempo intermediario. Não é, pois, superflua a disposição da ultima parte do § 5.º, como diz JOÃO VIEIRA, entendendo que fica comprehendida no § 3.º. Se é verdade, diz THOMAZ ALVES, que em tal caso parece haver vingança da parte do offendido pela aggressão, vingança que é repellida e condemnada pelos principios da sciencia politico-social, pelo que jámais se poderá admittir justificação do facto criminoso, é certo tambem que não se póde deixar de reconhecer que o delinquente obrou debaixo da excitação de uma causa externa, que nada depõe contra o seu character.

Não se póde dar augmento de perversidade do agente, antes pelo contrario deve essa perversidade ser considerada menor, e, portanto, admittir a aggressão physica, que foi a causa ou motivo de acção do delinquente, como atenuante.

Tal foi a idéa que teve o legislador quando entendeu consagrar a doutrina deste § 6.º (5.º no código vigente), não obstante a do § 3.º”

No mesmo sentido TOLEDO E LIBERATO BARROSO.

### 397 — Jurisprudencia brasileira.

O facto de depreciar o offendido os trabalhos de um artista, na ausencia deste e na propria presença, constitue uma provocação da parte do offendido, reputada como atenuante pelo § 5.º do art. 42 do Código penal (*Accordão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 10 de julho de 1897*).

398 — Jurisprudencia estrangeira.

ITALIANA

I. — La premeditazione implica movimento riflesso della volontà, e non può coesistere con la provocazione o con altra scusante la quale presupponga una volontà non libera (*Cass. Roma*, 19 sett. 1890, 7 nov. 1890, 9 mar. e 23 nov. 1891).

II. — Provocazione e premeditazione sono inconciliabili (*Cass. Roma*, 20 lug., 1 set. e 2 dic. 1891, 28 nov. 1892).

III. — La provocazione per natura di cose é assorbita dall'eccesso di difesa e costituisce con esse un *quid unum* (*Cass. Roma*, 9 genn. 1891, 6 ott. 1892).

IV. — Non possono coesistere la provocazione e l'eccesso di difesa (*Cass. Roma*, 23 genn. 1891).

V. — Non possono coesistere la rissa e la scusante della provocazione (*Cass. Roma*, 3 giug. 1891).

VI. — E' giuridicamente insostenibile la coesistenza della provocazione e della rissa (*Cass. Roma*, 1.º sett. 1892). Contra:

Sono compatibile nell'omicidio e ferimento in rissa la scusa della provocazione e l'aggravante di aver determinato la rissa (*Cass. Roma*, 20 ott. 1892).

HESPAÑHOLA

VII. — Las palabras, con caracter de *reto*, dirigidas al procesado por el interfecto, constituyen la inmediata provocación (*Tribunal Supremo*, 21 de abril de 1888).

VI) MAL MAIOR

399. — Segundo o § 6 do art. 42, é circunstancia atenuante "*ter o delinquente commettido o crime para evitar mal maior.*"

Commentando o art. 32 § 1.º, mostramos em que consiste o estado de necessidade, suas causas productoras e a razão porque o crime commettido nesse estado, dados os requisitos do art. 33, é justificado.

Ora, a atenuante deste § 6, dá-se quando não se verifica qualquer desses requisitos, isto é, quando o agente praticando o crime fal-o, ou sem ter a certeza do mal maior que se propoz evitar, ou podendo deixou de empregar um meio menos prejudicial, ou em-

pregou meios de efficacia duvidosa ou nulla. Desapparece, então, a justificativa, mas não se podendo concluir que haja toda perversidade do delinquente, que antes se mostra diminuida, dahi a razão por que o legislador considera attenuado o crime commettido em taes condições.

BENTHAM tambem é pela redução da pena, considerando a circumstancia apreciada como *conservação de si mesmo*, e inspirando-se em sua doutrina, o projecto VASCONCELLOS tinha como attenuante ser o *delicto commettido tratando o delinquente da propria conservação*.

#### 400 — Jurisprudencia brasileira.

A circumstancia attenuante de ter sido commettido o crime para evitar mal maior (art. 42 § 6), deve preponderar sobre as aggravantes da noite e do ajuste (art. 39 §§ 1.º e 13), pois o individuo que é levado a praticar um crime para evitar mal maior, se acha em tal situação, e sob uma pressão tão forte que, restringindo a sua liberdade, diminue a culpabilidade de sua collaboração no crime (*Accordão da Relação* de 19 de setembro de 1899).

#### VII) AMEAÇAS OU CONSTRANGIMENTO PHYSICO VENCIVEL

401. — Segundo o § 7.º do art. 42, é circumstancia attenuante “*ter o delinquente commettido o crime impellido por ameças ou constrangimento physico vencivel*. Esta disposição é parallela a do art. 27 § 5.º, com a qual deve ser relacionada para a devida intelligencia.

Duas são as circumstancias que em ambas as disposições se mencionam. Primeiramente, e segundo o art. 27 § 5.º, é *dirimente* de responsabilidade ter sido commettido o crime por violencia *physica irresistivel*. Dada o caso em que o agente seja impellido a commetter o crime, não por violencia *irresistivel*, mas por violencia que podia ser *vencida*, subsiste a responsabilidade, mas diminuida, e temos, então, a attenuante prevista no § 7.º, segunda parte.

Embora podendo superar a violencia de que é objecto, o agente não age em plenitude de vontade, mas sob a influencia dessa causa extranha, e dahi a razão da attenuante.

O art. 27 § 5.º, segunda parte, considera ainda como dirimente da responsabilidade, ter sido impellido o agente a commetter o crime por ameças *acompanhadas de perigo actual*. E' o caso da *vis absoluta*, do terror que automatiza a vontade.

Se porém, a ameça não tiver tal intensidade, por vir só, desacompanhada do *perigo actual*, não podendo, por isso, impellir de per si só a vontade do agente, a que resta certa força de resistencia. surge, então, a attenuante do § 7.º, primeira parte.

E' necessario ter em vista a natureza e qualidade da ameaça, que não poderá constituir a atenuante em questão, dado que seja futil e irrisoria, facto só aquilatavel pelo prudente arbitrio do juiz.

O codigo anterior contemplava a atenuante neste aspecto, seguindo ainda a BENTHAM que denominava tal circumstancia como *condescendencia a ameaças*.

#### VIII) OBEDIENCIA Á ORDEM DE SUPERIOR HIERARCHICO

402. — Segundo o § 8 do art. 42, é circumstancia atenuante *ter o delinquente commettido o crime em obediencia á ordem de superior hierarchico*". E' circumstancia que se verifica quando não occorre algum dos requisitos para a existencia da justificativa do art. 28, isto é, quando o crime é commettido em obediencia á ordem de superior legitimo, mas sem que a obediencia seja *legalmente devida*, ou quando houver *excesso* nos actos ou na forma da execução.

O codigo penal portuguez inclue tal atenuante no art. 39, ns. 12 e 16: o cumprimento de ordem de superior hierarchico do agente, quando não baste para justificação deste. Commentando o art. 28, apreciamos a questão em seus differentes aspectos para constituir a justificativa, especialmente no tocante ás relações do inferior para com o superior e á legalidade da ordem, considerações que se devem ter em vista tambem para apreciar a atenuante, que diversifica da justificativa, como dissemos, pela não occorrença de alguns de seus requisitos.

#### IX) EXEMPLAR COMPORTAMENTO ANTERIOR E BONS SERVIÇOS Á SOCIEDADE

403. — Segundo o § 9.º do art. 42, é circumstancia atenuante *“ter o delinquente exemplar comportamento anterior, ou ter prestado bons serviços á sociedade”*. A fonte desta disposição, não contemplada no anterior codigo, é o art. 39 ns. 1 e 2 do codigo penal portuguez, com modificações sensiveis. Estatue este codigo: “São circumstancias atenuantes: 1.º O bom comportamento anterior; 2.º A prestação de serviços relevantes á sociedade.”

O legislador brasileiro, nota LIMA DRUMMOND, foi mais exigente do que o legislador portuguez em relação á primeira modalidade da circumstancia atenuante, e menos exigente em relação á segunda. Por isso, nos termos do codigo penal brasileiro, não basta que o comportamento anterior seja *bom*, é necessario que seja *exemplar*; bastando, entretanto, que tenha o delinquente prestado *bons serviços* á sociedade, ao passo que o legislador portuguez exigiu a prestação de *serviços relevantes*.” E passando ao fundamento da atenuante: “No reconhecimento desta circumstancia atenuante ha uma especie de compensação na conta corrente que se estabelece entre o individuo e a sociedade, em materia de imputação criminal.

Imputando os bons e os máos actos praticados pelos individuos na vida social, lançar-se-iam a seu favor — o exemplar procedimento anterior e a prestação de bons serviços á sociedade e em seu desfavor — o crime praticado. Nestas attenuantes vae envolvido, no dizer de ABEL DO VALLE, um sentimento de gratidão que manda esquecer em parte o mal que se faz pelo bem que se praticou.”

Como se vê, ha duas modalidades distinctas e independentes na disposição apreciada, cada uma das quaes constituindo uma attenuante — o exemplar comportamento anterior e a prestação de bons serviços á sociedade. Com relação á primeira attenuante, como bem nota o criminalista citado, o nosso codigo foi mais exigente que o portuguez, reclamando, não sómente *bom*, mas *exemplar* comportamento anterior. Effectivamente, se *exemplar* quer dizer o que é proprio para *servir de exemplo* ou digno de *tomar-se como exemplo*, e figuradamente, pessoa cujo character e qualidade podem considerar-se como *modelos dignos de imitação* (AULETE), o comportamento exemplar ha de ser aquelle que se destaque do commum, de forma a servir de exemplo, de modelo, e só assim poderá ser lançado favoravelmente á conta do delinquente, minorando sua responsabilidade.

Restringindo, porém, o alcance da expressão — *exemplar comportamento* — muito embora de encontro ao seu sentido vulgar, tomado especialmente pelo nosso legislador, e bastaria ter em vista a fonte, que não reproduziu, mas modificou, diversos dos nossos tribunaes, entre os quaes a Côrte de Appellação do Districto Federal, tem tomado, no caso, como synonymos os termos *bom e exemplar comportamento*, e em apoio se adduzem razões, accetaveis de *jure condendo*, mas não de *jure constituto*. O exemplar comportamento não é o comportamento *heroico* ou *excepcional*, mas a *conducta do homem normal*, que anteriormente não praticou crime que o possa tornar merecedor de censura (ASTOLPHO DE REZENDE).

O *exemplar comportamento*, diz o Dr. ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA, em sentença de 19 de maio de 1909, quando juiz de São Simão, Estado de São Paulo, “é o individuo que se abona com precedentes de procedimento correcto, de respeito aos direitos de seus semelhantes. Isto é que o torna “digno de que se tenha com ella consideração para o effeito de se lhe attenuar a pena, quando pela primeira vez pratique um acto criminoso (ABEL DO VALLE, *Annot. ao Cod. por.*, p. 13). Não é coisa diferente do “bom comportamento” a que alludem os cods. de Portugal e de que fallam as legislações austriaca ((§ 46, letr. b), chilena (art. 11, 6.<sup>a</sup>) e dos cantões de Granbueden e Tessino. Para o legislador, exemplar é o procedimento do individuo que cumpre os deveres que a lei lhe impõe. Esse é o cidadão modelo. Outras preoccupações não pôde ter o legislador.

O bom, o exemplar, o irreprezível procedimento anterior não é necessario que o accusado o prove. Fôra presumir o peor e des-honesto, sobrecarregar-o com esse onus.

Consequentemente, essa attenuante deve ser reconhecida sempre que *nos autos falte a prova inversa.*”

O Supr. Tribunal Fedarl, a quem cabe a preeminencia da interpretação das leis federaes, por uma série de arrestos, tem firmado jurisprudencia contraria, dando ao termo “*exemplar*”, o seu sentido rigoroso, como foi evidentemente tomado pelo legislador, de significar o que é excepcional, fóra de commun., e por isso ao accusado cabendo proval-o, não por inferencia, mas cumpridamente, assignalando os factos que possam constituir o comportamento nessas condições (n. 405).

404. — A outra circumstancia, constante da segunda parte do § 9 do art. 42, é “*ter o delinquente prestado bons serviço á sociedade.*”

A latitude desta disposição faz que ahi possam ser comprehendidos os mais diversos serviços. Effectivamente, serviços prestados á sociedade, entidade mais vasta que patria, nação podem ser humanitarios, religiosos, politicos, scientificos e industriaes.

Assim, teriam ingresso na alludida disposição, as grandes invenções e descobertas que contribuíram para o progresso da humanidade, pois constituem um patrimonio social, commun a todos os povos, interessando a todas as nações.

O codigo penal militar, art. 37 § 7 falla em *serviços prestados á patria*, o que traz menor extensão, pois são referentes a um paiz ou nação; são os serviços de guerra, as commissões administrativas ou politicas, as missões diplomaticas, etc.

#### 405 — Jurisprudencia brasileira.

I. — Não póde ser reconhecida em favor do réo a attenuante do art. 42 § 9.º do Cod. Penal pela exhibição de attestados de conducta, em que se affirma ser o réo um homem probó, de bom procedimento, porque elles affirmam ser o réo um homem de bons precedentes, mas não accentuam o comportamento exemplar nos rigorosos termos em que tem entendido a jurisprudencia do Tribunal (*Ac. do Supremo Tribunal Federal*, de 12 de setembro de 1914)

II. — A favor do accusado, que obteve as honras de tenente do Exercito, por serviços prestados á Republica, milita a circumstancia attenuante prevista no art. 42 § 9, segunda parte, do Codigo penal (*Ac. do Supr. Tribunal*, de 16 de janeiro de 1915).

III. — O exemplar comportamento anterior só produz effeitos juridicos para a applicação das penas, quando se individuum actos

e factos dos quaes elle decorre, e não por expressões vagas, equivocadas, que não induzem a prova do comportamento exemplar que a lei penal exige (*Ac. do Supr. Tribunal Federal*, de 4 de agosto de 1915).

IV. — A imposição da pena no gráo medio é legal, desde que não ha nos autos prova alguma da allegada circumstancia attenuante do § 9.º do art. 42 do Cod. penal — exemplar comportamento anterior (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 12 de setembro de 1917).

V. — Não existe a attenuante do exemplar comportamento anterior, reconhecida na sentença appellada, pois, nos autos não ha o mais ligeiro indicio dessa attenuante (*Ac. do Supr. Tribunal Federal*, de 19 de maio de 1920).

VI. — Para o reconhecimento da attenuante do exemplar comportamento anterior, não basta que o individuo a cujo favor se invoca, não tenha tido maus antecedentes, ou que não haja commettido anteriormente algum crime; é preciso ainda que se especifiquem factos indicativos do comportamento anterior excepcional, fóra do commum, ou que possa, em uma palavra, servir de exemplo aos seus concidadãos (*Accord. do Supr. Trib. Federal*, de 21 de agosto de 1922).

VII. — Tratando-se de processo por imprudencia ou impericia, o facto de ter sido o delinquente multado varias vezes por infracção do regulamento de vehiculos exclue o reconhecimento da circumstancia attenuante do exemplar comportamento anterior (*Accord. da 3.ª Cam. da Córte de Appellação*, de 30 de set. de 1922). No mesmo sentido accord. de 13 de dezembro de 1922.

VIII. — Na ausencia de provas em contrario, deve ser reconhecida a attenuante do exemplar comportamento em favor do accusado que não tenha antecedentes criminaes (*Accord. da 3.ª Camara da Córte de App.*, de 18 de outubro de 1922).

IX. — As attenuantes dos §§ 9 e 11 do art. 42 do Cod. penal não podem deixar de prevalecer sobre as aggravantes de motivo frivolo e superioridade em armas, tanto mais não sendo a arma procurada para a pratica do crime (*Ac. da Camara Crim. de São Paulo*, de 12 de fevereiro de 1903).

X. — Havendo o jury reconhecido a existencia de aggravantes e igualmente que o réo tinha em seu favor a attenuante de grande importancia e relevancia — *exemplar comportamento anterior e ter prestado bons serviços á sociedade* — a pena, *ex-vi* dos arts. 38 § 2,

letras *c* e *d* e 61 § 1.º, deve ser imposta no gráo medio (*Ac. da Camara Criminal de São Paulo*, de 4 de maio de 1903).

XI. — A attenuante de ter o réo exemplar comportamento anterior e ter prestado serviços á sociedade prevalece sobre o motivo frivolo (*Ac. da Relação de Minas Geraes*, de 22 de março de 1907).

#### X) EMBRIAGUEZ

406. — Segundo o § 10 do art. 42 é circumstancia attenuante

*“ter o delinquente commettido o crime em estado de embriaguez incompleta, e não procurada como meio de o animar á perpretração do crime, não sendo acostumado a commetter crimes nesse estado.”*

Commentando o art. 27 § 4 e relacionando-o a este § 10, vimos que para o codigo a embriaguez póde ser considerada como *completa* e *incompleta*. Quando completa, quer seja *voluntaria* ou *accidental*, *procurada* ou não, constitue, causa dirimente da responsabilidade criminal.

Quando incompleta, constitue circumstancia attenuante, dadas as condições do § 10, ora apreciado.

Trata-se aqui evidentemente da embriaguez alcoolica, como a considerava tambem o anterior codigo.

Para a attenuante são necessarias as seguintes condições :

1.<sup>a</sup>) *Embriaguez alcoolica incompleta*, traduzindo-se a intoxicação alcoolica pela perturbação da ideação e da vontade, sem chegar á paralyisia das funcções automaticas.

2.<sup>a</sup>) Que a embriaguez não fosse procurada pelo delinquente como meio de o animar á perpetração do crime, quer dizer, a embriaguez deve ser *accidental*. Se para o caso da isenção da responsabilidade, o legislador não tem em conta a causa da intoxicação alcoolica, que póde ser *accidental* ou *voluntaria* ou *procurada*, por isso que attende só á intensidade alcoolica, que exclue a simultaneidade do dolo com a acção ; logicamente não devia admittir que pudesse ser considerada circumstancia attenuante a embriaguez incompleta quando preordenada á perpetração do crime, porque sendo incompleta subsiste, embora modificado em sua intensidade, o elemento moral do crime no momento de sua execução, e o criminoso tem consciencia do crime que pratica, o qual é precisamente aquelle que elle queria praticar e para cuja perpetração procurou encorajamento no alcool.

Ha, pois, contemporaneidade do dolo modificado em sua intensidade, na execução do crime, e, consequentemente perdura a responsabilidade criminal, embora attenuada.

3.<sup>a</sup>) Que o delinquente não seja acostumado, em tal estado de embriaguez, a commetter crimes.

BENTHAM já notava, quanto a esta condição: “aquelle que sabe que o vinho o torna perigoso não merece indulgencia pelos excessos a que pôde ser arrastado.” O código anterior exigia mais “*que o delinquente não tivesse formado antes da embriaguez o projecto do crime* (art. 18 § 9), condição supprimida pelo código vigente.

Assim, se o projecto foi formado antes da embriaguez e esta foi procurada para realisal-o, desaparece a attenuante.

Se o projecto foi formado antes e ella não foi procurada, ha a attenuante.

#### 407 — Jurisprudencia brasileira.

I. — A embriaguez habitual não pôde ser invocada para explicar a razão de mudança de comportamento exemplar, para o fim de ser acceito como circumstancia attenuante (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 24 de setembro de 1910).

II. — A circumstancia attenuante de embriaguez exclue a aggravante de motivo frivolo, por serem entre si incompatíveis.

Nesta conformidade, concorrendo apenas com o delicto a alludida aggravante a par da attenuante reconhecida, a pena imposta deve ser no grão minimo (*Ac. do Supr. Tribunal Federal*, de 21 de junho de 1912).

III. — A circumstancia attenuante do § 10 do art. 42 do Cod. penal prepondera sobre a circumstancia aggravante do § 5 do art. 39 do mesmo código (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 12 de julho de 1895).

IV. — E' de maxima importancia a circumstancia da embriaguez incompleta (*Ac. da Camara Criminal do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 8 de agosto de 1904).

V. — A embriaguez incompleta, isto é, no periodo alegre ou aureo, accidental, e não procurada pelo delinquente como meio de o animar á perpetração do crime, é simples circumstancia attenuante (*Accord. do Sup. Trib. de Justiça do Amazonas*, de 5 de junho de 1926).

#### XI) MENORIDADE DE 21 ANNOS

408. — Segundo o § 11 do art. 42, é circumstancia attenuante “*ser o delinquente menor de 21 annos.*”

Pelo cotejo dos §§ 1.º e 2.º do art. 27 com este §, vê-se que a idade é causa dirimente da responsabilidade criminal ou circumstancia attenuante.

Até os 9 annos completos é causa dirimente por presumpção *juris et jure*, e dos 9 até os 14 annos por presumpção *juris tantum*, isto é, condicional, predominando enquanto não se provar que o menor agiu com discernimento. E' circumstancia attenuante dos crimes dos 14 aos 21 annos, limite tambem estabelecido pela lei civil para a menoridade em geral.

Embora não se deva questionar mais de discernimento, em idade superior a 14 annos, entretanto, pelo incompleto desenvolvimento organico-psychico do menor, seus actos não são bem reflectidos e ponderados, e dahi porque sua responsabilidade é tida como limitada. O codigo anterior tambem considerava attenuante "ser o delinquente menor de 21 annos", e na mesma disposição accrescentava: "Quando o réo fôr menor de 17 annos e maior de 14, poderá o juiz parecendo-lhe justo, impor-lhe as penas de cumplicidade (art. 18 § 10).

O codigo vigente não reproduziu esta ultima parte do § 10, della fazendo objecto do art. 65, com modificação sensivel e em relação ao caracter facultativo da medida, o que apreciaremos opportunamente. Cabe aqui inquirir se o maior de 14 e menor de 17 annos, beneficiado com a attenuação determinada pelo art. 65, isto é, com a pena da cumplicidade, ou a pena do crime, deduzida a terça parte, pôde ainda ser beneficiado com a attenuante geral deste § 10? No caso affirmativo, nunca se poderá applicar ao menor naquelles limites de idade o gráo maximo das penas de cumplicidade, porque existirá sempre a seu favor, pelo menos, a circumstancia da menoridade. Os que opinam pela solução affirmativa argumentam que a contraria levaria a absurdos.

Assim, por exemplo, o menor de tivesse praticado o delicto do art. 303, sem aggravante, desprezando o juiz a unica attenuante da menoridade de 21 annos, seria punido com 5 mezes de prisão cellular, em vez de 3 mezes, a que o reconhecimento da attenuante daria logar. Mais: essa pena seria mais severa do que se o menor fosse de idade superior a 17 annos, pois então seria punido com 3 mezes de prisão.

Privar o réo de circumstancia que tanto pôde beneficial-o é contrariar o pensamento do legislador. O reconhecimento, pois da circumstancia de ser o réo menor de 17 annos, o que deve ser feito por quesito especial, faz com que a pena *em abstracto* seja diminuida de um terço; e o reconhecimento da circumstancia de ser o réo menor de 21 annos faz com que a pena, já assim diminuida de um terço, seja ainda diminuida *em concreto* de um ou mais grãos, conforme houver, ou não concurso de aggravantes e de outras attenuantes (WHITAKER, MORAES MELLO JUNIOR).

Opinamos em contrario, porque é norma fundamental que no concurso de circumstancia minorantes ou attenuantes, não se podem admittir contemporaneamente duas que derivem do *mesmo facto* ou presuppõem no agente a *mesma condição psychica*. Em tal caso

a maior absorve a menor, do contrario, um mesmo facto seria avaliado duas vezes (FLORIAN).

Ora, tornando responsavel o menor de 14 annos em diante, o legislador tendo em consideração o facto do incompleto desenvolvimento organico-psychico, notadamente nos limites entre 14 e 17 annos, em que pela entrada da puberdade se crêa um estado especial de receptividade ás paixões, estabeleceu a attenuação do art. 65, como tambem em contemplação do facto da idade inferior a 21 annos, creou a attenuante do § 10.

Temos aqui duas minorantes da pena, derivadas do *mesmo facto*, pelo que não podem ser avaliadas ao mesmo tempo, mas a maior absorvendo a menor. O menor delinquente em condições taes, só tem a militar a seu favor a attenuação do art. 65.

Não existe o absurdo apontado da disparidade, da pena, porquanto, esta advem de situações diversas, esquecendo-se os que argumentam em contrario, de que levada em favor de um dos delinquentes já foi uma attenuação especial.

Em sentido, porém, affirmativo se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, nos accordams adiante apontados, o primeiro dos quaes vindo com o parecer no mesmo sentido, do então Procurador Geral da Republica, Dr. EDMUNDO MUNIZ BARRETO.

408 — *bis* — Vigoram hoje outras normas legais, pois a irresponsabilidade vae até 14 annos, desta idade a 18, ha tratamento especial, e desse limite a 21 annos é que pôde occorrer a attenuante (Vide. com. art. 27, §§ 1.º e 2.º).

#### 409 — Jurisprudencia brasileira.

I. — A circumstancia attenuante da menoridade prepondéra sobre as aggravantes da noite e da reincidencia e levam no caso a pena ao sub-médio do art. 62 § 2.º, segundo caso (*Ac. do Supr. Tribunal Federal*, de 23 de abril de 1910).

II. — A circumstancia attenuante da menoridade não pôde ser invocada para a attenuação da pena no caso do art. 66 § 3.º do Cod. Penal (*Ac. do Supr. Tribunal Federal*, de 7 de setembro de 1910).

III. — Na revisão criminal deve-se attender á prova da circumstancia attenuante da menoridade para se fazer a applicação da pena legal, pois o intuito de tal recurso extraordinario, por sua natureza, é a justiça na condemnação (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 26 de abril de 1911).

IV. — Preponderando a circumstancia attenuante da menoridade sobre a aggravante do ajuste, a pena deve reduzir-se ao gráo sub-médio (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 28 de setembro de 1912).

V. — A circumstancia attenuante da menoridade prepondera sobre a aggravante da superioridade em armas (*Ac. do Trib. de Justiça de Pernambuco*, de 28 de julho de 1886).

VI. — Sob pena de nullidade do julgamento, deve ser formulado quesito sobre a menoridade allegada pelo réo e não provada com documento (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 4 de abril de 1903).

VII. — Compete ao jury conhecer da idade dos accusado como circumstancia de facto, modificativo da criminalidade. Cumpre-lhe ainda responder sobre a *identidade* de pessoa relativamente á certidão offerecida.

Não pôde aproveitar ao réo, para reforma da sentença do jury a certidão de idade apresentada depois do julgamento (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 28 de julho de 1903).

410. — O codigo deixou sem solução varias questões que se prendem aos accidentes do crime, quando tinha exemplo nos codigos mais recentes, que dellas se occupam, especialmente o italiano, que aliás seguiu em outros pontos. Assim, em relação á communicabilidade ou não das circumstancias aggravantes e attenuantes, entre agentes do mesmo crime, ponto de tanto interesse pratico, nada dispoz. Como se trata de questão relevante, cumpre examinal-a, e ver qual a solução que se accomoda ao systema do codigo.

E' de lembrar primeiramente a distincção entre circumstancias *pessoaes* ou *subjectivas* e circumstancias *materiaes* ou *objectivas*, aquellas inherentes á pessoa do delinquente, e estas á acção criminosa ou ao crime em sua objectividade (n.º 302).

Quanto ás circumstancias aggravantes *pessoaes*, accordes não são os tratadistas sobre a sua communicabilidade, uns opinando pela affirmativa (JOUSSE, BLANCHE, ROUTER, ORTOLAN, TREBUTIEN, CARMIGNANI, etc.), e outros pela negativa (CARNOT, BOITARD, CHAUVÉAU e HELIE, LEGRAVEREND, TOLOMEI, PUCCIONI, PACHECO, CREMANI, ROSSI, etc.).

Uma solução mais satisfactoria, por encarar o problema em toda a sua complexidade, faz as seguintes distincções.

Ha circumstancias aggravantes de tal modo inherentes á pessoa, que se pôde dizer personalissimas, e que por essa ligação não se podem communicar a outros, como, por exemplo, a reincidencia.

Assim, occorrendo no autor ou no cúmplice uma circumstancia dessa natureza, não ha communicabilidade, aggravando só a penalidade do agente em que se verificar.

Outras circumstancias aggravantes pessoas existem, que por não ter o character personalissimo, notado, podem se communicar a outros agentes. Taes são as circumstancias aggravantes pessoas que se materialisam, *facilitando a execução do crime*, ou como diz TUOZZI, aquellas que no acto pratico se traduzem como meio de execução. Assim, o domestico que de dia abre a porta da casa do amo e concorre com outros para furtal-o, ou lhes dá instrucções sobre o logar onde se acha o dinheiro ou valores facilita sem duvida a execução do crime, e sua qualidade domestica constitue uma circumstancia aggravante pessoal communicavel. Pouco importa que uma tal aggravante occorra na pessoa do autor ou do cúmplice para se communicar a todos os participantes. Assim, no caso exemplificado, tenha o domestico, depois de aberta a porta, cooperado com os outros no furto, ou tenha sómente dado conselho fraudulento, deixando de participar na execução do crime, a aggravante da pena, pela occorrença da qualidade de domestico, se estende a todos os co-delinquentes. Duas condições são necessarias para essa communicabilidade, a saber: 1.º) que a circumstancia tenha facilitado a execução do crime; 2.º) que seja conhecida ou prevista pelos outros participantes.

Outras vezes as circumstancias aggravantes pessoas integram-se na propria figura do crime, de modo a constituirem a sua propria essencia, ou seu proprio fundamento. Em tal caso, essas circumstancias se communicam a todos os co-delinquentes, que scientemente concorrem para o facto, de que taes circumstancias são verdadeiros elementos essenciaes ou constitutivos.

Outras vezes ainda as circumstancias aggravantes pessoas modificam apenas o organismo do delicto, o *nomen juris*, de modo a constituirem um novo *titulo de delicto*.

Em tal hypothese não ha communicabilidade entre os co-delinquentes. Se de um lado ha a *indivisibilidade do titulo do delicto*, que parece exigir a communicabilidade, de outro lado ha o principio da *individualidade do dolo* que prescreve a incommunicabilidade, principio scientifico que deve predominar sobre aquelle outro, meramente empirico, tanto mais quanto sendo a questão de méra nomenclatura, não decorrerá da incommunicabilidade a impunidade (CARRARA, LIMA DRUMMOND).

Quando as circumstancias aggravantes são *materiaes*, isto é, inherentes á acção delictuosa, sua communicabilidade a todos os agentes, autores e cúmplices, se opéra desde que tenham dellas conhecimento ou as tenham previsto.

Por isso mesmo que são inherentes ao crime e conhecidas ou previstas pelos agentes, sua communicabilidade é de toda a eviden-

cia; quem quer o crime, diz TUOZZI, nas suas modalidades, deve querer também a pena agravada por essas mesmas modalidades. A jurisprudencia franceza e belga tem decidido que a communicabilidade dessas circumstancias se opéra em relação mesmo aos agentes que as tenham ignorado, porque a maior parte dos crimes commettidos com o concurso de diversas pessoas, são deliberados, concertados, ajustados préviamente; o tempo, o logar, os meios que devem ser empregados são determinados, os papeis distribuidos entre os associados antes que se proceda á execução. Pouco impõta, pois, que um dos malfeitores ignorasse alguma circumstancia particular que, na execução, viesse agravar o crime. Unindo-se para um fim commum, submetteram-se a todas as vicissitudes da empreza, têm consentido eventualmente no emprego de todos os meios proprios para realizar seu projecto e nas consequencias da acção.

Os co-autores e cúmplices não poderão, pois, allegar ignorancia, salvo quando demonstrarem que a circumstancia agravante não pôde entrar em suas previsões, caso em que ella não lhes será levada em conta (HAUS, GARRAUD, CHAUVEAU e HELIE).

Se a circumstancia agravante entrou em suas combinações, ou em suas previsões, toda a difficuldade fica removida; mas isso nem sempre se verifica, podendo acontecer que um ou mais dos participantes não tenha sciencia ou previsão do facto de que se serviu o executor do delicto para a realisação deste, e justo não é imputar-lhes a circumstancia occorrente, com o respectivo augmento de pena. Tal o caso, por exemplo, em que o agente executor do homicidio, de motu proprio, o tenha commettido incendiando a casa onde se achava a victima. Trata-se de meio não commum na pratica de taes crimes, e que assim, bem podia não entrar nas previsões dos outros socios do crime.

A doutrina opposta, em tal conjunctura, admite a não communicabilidade, mas com a differença sensivel de impôr a prova ao accusado. Depois, como observa CARRARA, tal doutrina além de banir a condição, que é fundamental, do elemento intencional, leva á contradicção. Effectivamente, admitté-se que a ignorancia das relações pessoas dos autores com a victima exclue o titulo de parricidio, mesmo no filho homicida do seu pae, por isso que se trata de erro essencial, e, entretanto, sustenta-se que essa ignorancia não aproveita ao cúmplice !

E' de notar que o conhecimento pôde occorrer sem um explicito accôrdo précedente; basta que o co-autor ou cúmplice tenha sciencia ou previsão da circumstancia agravante sem recuar do plano criminoso, e, assim, haveria communicabilidade se a circumstancia material apparece durante a consummação do delicto e que o co-autor ou cúmplice, conhecendo-a, persista no mesmo.

O requisito do conhecimento ou previsão da aggravante materia! para se verificar a communicabilidade vinha expresso no projecto

ZANARDELLI, de 1887, mas as commissões do Senado e da Camara dos Deputados eliminaram a clausula da previsibilidade, com o fundamento de que era excessivo estender a responsabilidade do *previsto* ao *previsivel*, e equiparar um elemento de culpa a um elemento de dolo, ficando afinal assim redigido o art. 66, do codigo: "*Le circostanze materiali che aggravano la pena, ancorché facciano mutare il titolo del reato, stanno a carico anche di coloro che le conoscevano nel momento in cui sono concorsi el reato.*" Não procede, porém, o argumento, porque não se trata de simples previsibilidade, mas tambem de annuencia de vontade do agente, ou, por outra, de dolo eventual, e, pois, a communicabilidade podendo se operar com o mesmo titulo que o conhecimento directo.

Nesse sentido dispõem os codigos de Genebra, da Grecia, de Friburgo, do Tessino, e sustentam HAUS, PAOLI, LIMA DRUMMOND e outros criminalistas.

Quanto ás circumstancias attenuantes pessoas (§§ 1.º, 2.º, 9.º, 10 e 11, do art. 42), que por sua estreita ligação com a pessoa, se podem chamar tambem personalissimas, não se communicam.

A respeito das attenuantes materiaes (§§ 4.º, 5.º e 6.º, do artigo 42), ao contrario do que succede com as aggravantes materiaes, communicam-se ainda que não tenham sido, pelo menos, previstas pelos co-delinquentes. Incorporando-se ás infracções penas para attenual-as, essas circumstancias deixam uma parte da resolução criminosa sem realização material, pelo que, não podem deixar de se communicar entre os co-delinquentes (LIMA DRUMMOND).

## **TITULO V**

**Das penas e seus efeitos; da sua aplicação  
e modo de execução**



## TITULO V

### Das penas e seus effeitos; da sua applicação e modo de execução

Art. 43. As penas estabelecidas neste código são as seguintes:

- a) prisão cellular;
- b) banimento;
- c) reclusão;
- d) prisão com trabalho obrigatório;
- e) ~~prisão disciplinar~~;
- f) interdição;
- g) suspensão e perda de emprego publico, com ou sem inhabilitação para exercer outro;
- h) multa.

Art. 44. Não ha penas infamantes. As penas restrictivas da liberdade individual são temporarias e não excederão de 30 annos.

411. — Se a efficiencia de um código penal se afere pelo systema de repressão adoptado, teriamos no que prescreve o código vigente a respeito, a demonstração de sua inaptidão para a consecução do fim primordial. Se em relação ac anterior código trouxe innovações, como a supressão da pena de morte, aliás de facto já supprimida, com a commutação em galés ininterruptamente effectuada pelo governo imperial, e de direito já eliminada pelo Decr. n. 774, de 20 de setembro de 1890, se ainda trouxe innovações com a supressão das penas perpetuas, a adopção do systema cellular, e de mais dois grãos na medida da pena, de outro lado, não soube o legislador enfrentar o problema como devia, inspirando-se no exemplo de outras legislações modernas, tornando uma realidade no paiz institutos que tanto proveito têm trazido em outras partes, vasando, emfim, as regras referentes ao assumpto de modo claro e completo. Neste ultimo ponto de vista, frequentes são as lacunas, os defeitos, que só difficuldades têm trazido á administração da justiça, o que eviden-

ciaremos na analyse dos dispositivos respectivos. Inspirado no conceito classico de que a imputabilidade têm como presupposto o livre arbitrio, e a pena sendo a expiação, o castigo, o mal que se antepõe ao mal do delicto, com o qual deve estar em equação (ns. 3 e segs.), o legislador procurou affeição o systema de repressão, que adoptou, a essa directriz, que aliás a experiencia já vinha demonstrando não corresponder ás necessidades sociaes.

Desde logo é de notar que as penas enumeradas no art. 43 não são unicamente as estabelecidas no codigo, outras se encontrando em disposições posteriores, dissonancia que mostra a insegurança com que se houve seu autor.

Segundo o art. 55, § unico é tambem pena a *privação do exercicio da arte ou profissão*, pena que vemos applicada nos casos dos arts. 160, § 2.º, 209, 252, §§ 1.º e 2.º, 300 e 302. Temos mais: Fazer a *despêza* com a reforma do processo, art. 211, § 2.º; perda da *moeda achada* e dos *objectos destinados ao fabrico*, arts. 239 a 242; as *penas* de que trata o art. 277, no caso do § unico do mesmo artigo; *perda* de todos os *exemplares*, arts. 342 a 347, 348 a 350, 384, 385; *perda* dos *instrumentos* ou *apparelhos*, art. 351; *perda* de todos os *bens* e *valores*, arts. 367 e 368; *perda* de todos os *apparelhos e instrumentos* de jogo, dos *utensilios, moveis, etc.* 369; *deportação*, art. 400, § unico.

Por estas disposições, podemos distribuir as penas estabelecidas pelo codigo em tres grupos, segundo a classificação feita por GARRAUD, a saber: *penas principaes*, isto é, que funcionam como instrumento directo da penalidade, constituindo a expiação mesma da infracção, e por isso devendo ser expressas na decisão; *penas accessorias*, que têm por fim assegurar a efficiencia da pena principal ou de prevenir a reincidencia, são incorridas de *pleno direito*, em virtude da lei, e ligam-se á pena principal para corroboral-a e consagrar suas consequencias juridicas; *penas complementares* que estão collocadas entre as accessorias e as principaes, sendo á semilhança das accessorias, o complemento de outras penas e sómente nellas não se pôde incorrer, e á semilhança das principaes, devem ser pronunciadas de uma maneira formal e são ligadas, não a certas penas, mas a certos delictos.

Teremos uma outra base para a classificação, se considerarmos os bens do delinquente, que o Estado se propõe lesar para o fim de proteger os bens juridicos. Esses bens são a *liberdade*, o *património* e a *honra*. O seguinte quadro mostrará o systema penal adoptado pelo codigo:

#### A — PENAS PRINCIPAES

1.º Concernentes á liberdade: prisão cellullar, reclusão, prisão correccional (prisão com trabalho), prisão disciplinar.

2.º Concernentes ao patrimonio: multa, suspensão e perda de emprego publico, com ou sem inhabilitação para exercer outro.

B — PENAS ACCESSORIAS

1.º Concernentes á liberdade: sujeição á vigilancia policial;  
2.º Concernentes á honra: interdicção legal (arts. 55, 273, § unico e 277, § unico).

C — PENAS COMPLEMENTARES

Deportação (art. 400 § unico), privação da arte ou profissão, e as constantes dos arts. 211 § 2.º, 239 a 242, 277 § unico, 342 a 347, 348 a 350, 351, 367, 368, 369, 384 e 385.

Não contemplamos a pena de banimento, mencionada no art. 43, porque, abolida pela Const. Federal, art. 72 § 20, foi substituida por prisão cellullar por 10 a 20 annos para os crimes do art. 107, em virtude da Lei n. 1.062, de 29 de setembro de 1903.

412. — Estas são as diferentes especies de pena, que o codigo estabelece e que para a devida comprehensão, cumpre distinguir das outras sancções que estabelece o direito. Dizendo, de accôrdo com a intuição classica, a que se prende o codigo, que a pena é um mal que, na conformidade da lei, é applicado ao individuo *convencido de culpado de um delicto*, temos nesta ultima clausula mostrado a differença que a extrema de outros institutos affins.

Effectivamente, o direito positivo estabelece outras sancções, como um mal pela infracção das normas legais, e haja vista especialmente a *pena disciplinar*, a *indemnisação do damno*.

Alguns tratadistas, para differenciar a pena desses institutos affins, costumam designar-a de *pena social* (CANONICO), ou *estadual* (JANKA), ou *juridica* (BINDING), ou *publica* (MERKEL).

Independente dessas denominações, de que não usa o nosso codigo, sensiveis são as differenças entre a pena, como sancção do delicto, e a *pena disciplinar*. Em accepção ampla, a pena disciplinar é comminada e applicada a certos individuos, como pertencentes a determinados grupos ou categorias sociais, em vista de manter a observancia dos deveres peculiares á existencia e ao desenvolvimento do grupo ou categoria. Assim, o sujeito do direito disciplinar póde deixar de ser o Estado.

Em sentido estricto, a pena juridica manifesta o poder politico do Estado, como soberano, e se refere a uma relação de direito commum entre o Estado e qualquer individuo, ao passo que a pena disciplinar é a manifestação de um direito do Estado, derivado de especiaes relações entre elle e determinados individuos.

Assim, ao passo que a pena juridica fere o homem nesta qualidade, a pena disciplinar attinge-o quando se acha em relação juridica

especial para com o Estado, em razão de serviço, de instrução, etc., dahi porque é denominada tambem *pena de serviço* (FLORIAN). Entre a pena e a *satisfação* ou *indemnização do damno*, as diferenças são tambem assignalaveis.

Assim, a pena se applica sómente a quem seja culpado em certo gráo, a obrigação da indemnização prescinde disso; a pena se applica sómente aos autores e cúmplices e tem character pessoal, o onus da indemnização incumbe não só a esses agentes mas tambem aos herdeiros; a pena é instituto de direito publico, normalmente subtraído á efficacia dos pactos privados, a indemnização é instituto de direito privado, susceptivel de modificação licita na esphera do direito privado (transacção, cessão, renuncia, etc.); a pena consiste em coerção que immediatamente ou condicionalmente toca a pessoa, a indemnização é onus que normalmente toca o patrimonio e não a pessoa; a pena é um mal e fere o delinquente, a indemnização visa curar a ferida causada pelo delicto sem amplial-a ou produzir outra, isto é, visa eliminar as consequencias materiaes do delicto e restaurar, directa ou indirectamente, o estado de facto preexistente, a pena ajunta qualquer coisa a esta reparação e vae além desta (FLORIAN).

O nosso codigo anterior regulava tambem o instituto da satisfação do damno (arts. 21 a 32), exigivel no mesmo juizo criminal, mas a Lei n. 261 de 3 de dezembro de 1841, art. 68, vedou essa cumulação de acções, determinando que a indemnização fosse pedida por acção civil. O codigo vigente determina que a indemnização será regulada pelo direito civil (art. 70).

Consistindo a pena em um mal applicavel em *razão do delicto* e a quem se tornou *culpado*, distingue-se ainda das *medidas de segurança*, porque constituem estas medidas preventivas em vista da segurança publica, independentemente da condição de culpabilidade, dictadas tão sómente pelo perigo que causa o individuo á segurança publica. Tal a medida prescripta pelo art. 29 do nosso codigo.

413. — No art. 44, o codigo estabelece que não ha *penas infamantes*, disposição de cerio modo superabundante, porquanto taes penas não figuravam mais em nossa legislação, e bastante seria guardar silencio a respeito, como fazem os codigos belga, italiano e outros mais recentes. Na segunda parte daquelle artigo, estatue mais o codigo que “as penas restrictivas da liberdade individual são *temporarias*, e não excedentes de 30 annos.”

E’ uma disposição injustificavel que favorece só os peiores criminosos, e, pois, em detrimento dos interesses sociaes.

Que o codigo reiterasse o Decr. n. 774 de 20 de setembro de 1890, na parte em que aboliu a pena de *galés*, nada teria de censuravel, attendendo a que é pena que em vez de concorrer para a

emenda e regeneração do condemnado, antes o degrada, avilta e corrompe, disso dando attestado sua applicação entre nós, bastante sendo a disposição do art. 44 do anterior código, sobre o modo de sua execução, para pôr em relevo o seu effeito degradante.

“A pena de galés, diz essa disposição, sujeitará os réos a andarem com calceta no pé e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregar-se nos trabalhos publicos da provincia onde tiver sido commettido o delicto, á disposição do governo.”

Eliminando, porém, de modo absoluto as penas perpetuas, o código olvidou os interesses sociaes, por isso que eliminada tambem a pena de morte, era imprescindivel uma forte pena intimidadora, como succedanea, para os grandes assassinos, os delinquentes de indole ou de estado, cuja incorrigibilidade e temibilidade se patentessem. Na Constituição Federal não encontramos approvação de semelhante disposição, porque no art. 72 § 20 dispõe sobre a pena de galés.

Que ha necessidade da pena perpetua para salvaguardar devidamente a ordem social, é o que têm reconhecido e proclamado os mais notaveis penologos. Bastará citar GARRAUD, que além do mais, é adepto da escola classica.

“A perpetuidade na pena, pergunta elle, deve ser conservada em um systema repressivo racional? Não é destructiva de toda a probabilidade de emenda? Não é desigual conforme a idade do condemnado? De certo, penas perpetuas que fossem ao mesmo tempo *irremissiveis*, deveriam ser apagadas de todo código penal, e não podemos deixar de approvar a assembléa constituinte que não tinha admittido o direito de graça, de as ter supprimido do código penal de 1791.

Mas como ha um emprego prudente e ponderado do direito de graça, que deixa sempre a esperanza de liberdade aos condemnados e que corrige as desigualdades que lhes é inherente, creio na utilidade das penas perpetuas. A’ parte o direito de graça, cuja funcção, em geral, em futuro mais ou menos proximo poderá ser substituida por institutos taes como os da soltura condicional, das sentenças condicionaes, das penas indeterminadas, etc., são positivas e independentes de qualquer outro motivo estas razões:

Em uma legislação que *exclue* a pena de morte, as penas perpetuas são necessarias para *substituí-l-a*; em uma legislação que a *mantem*, ellas servem de *transição* util entre a pena de morte e as penas temporarias: quantos crimes, com effeito, para os quaes a pena de morte é muito severa e as penas temporarias muito indulgentes! Emfim, em face dos criminosos *incorrigiveis*, as penas perpetuas são as unicas de natureza a dar satisfação ao direito social de defesa, por seu effeito eliminador

**Art. 45.** A pena de prisão celluar será cumprida em estabelecimento especial com isolamento celluar e trabalho obrigatorio, observadas as seguintes regras:

a) si não exceder de um anno com isolamento celluar pela quinta parte de sua duração;

b) si exceder desse prazo, por um periodo igual á quarta parte da duração da pena e que não poderá exceder de dois annos; e nos periodos successivos, com trabalho em commum, segregação nocturna e silencio durante o dia.

**Art. 46.** O banimento privará o condemnado dos direitos de cidadão brasileiro e o inibirá de habitar o territorio nacional, emquanto durarem os efeitos da pena.

O banido que voltar ao paiz será condemnado á reclusão até 30 annos, se antes não readquirir os direitos de cidadão.

**Art. 47.** A pena de reclusão será cumprida em fortalezas, praças de guerra, ou estabelecimentos militares.

**Art. 48.** A pena de prisão com trabalho será cumprida em penitenciarias agricolas, para esse fim destinadas, ou em presidios militares.

**Art. 49.** A pena de prisão disciplinar será cumprida em estabelecimentos industriaes especiaes, onde serão recolhidos os menores até á idade de 21 annos.

**Art. 50.** O condemnado á prisão celluar por tempo excedente de seis annos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciaria agricola, afim de ahi cumprir o restante da pena.

§ 1.º Se não perseverar no bom comportamento a concessão será revogada e voltará á cumprir a pena no estabelecimento donde sahiu.

§ 2.º Se perseverar no bom comportamento de modo a fazer presumir emenda, poderá obter livramento condicional, contanto que o restante da pena a cumprir não exceda de dois annos.

**Art. 51.** O livramento condicional será concedido por acto do poder federal, ou dos Estados, conforme á competencia respectiva, mediante proposta do chefe do estabelecimento penitenciario, o qual justificará a conveniencia da concessão em minucioso relatorio.

§ unico. O condemnado que obtiver livramento condicional será obrigado a residir no logar que fôr designado no acto da concessão e ficará sujeito á vigilancia da policia.

Art. 52. O livramento condicional será revogado, se o condemnado commetter algum crime que importe pena restrictiva da liberdade, ou não satisfazer a condição imposta. Em tal caso, o tempo decorrido durante o livramento não se computará na pena legal; decorrido, porém, todo o tempo sem que o livramento seja revogado a pena ficará cumprida.

Art. 53. Ao condemnado será dado, nos estabelecimentos onde tiver de cumprir a pena, trabalho adaptado as suas habilitações e precedentes occupações.

Art. 54. A pena pôde ser cumprida em qualquer estabelecimento especial, ainda que não seja no logar do domicilio do condemnado.

Art. 55. O condemnado á pena de prisão cellular, maior de seus annos, incorre por tal facto em interdicção cujos effeitos são:

- a) suspensão de todos os direitos politicos;
- b) perda de todo officio electivo, temporario ou vitalicio, emprego publico da Nação ou dos Estados, e das respectivas vantagens e vencimentos;
- c) perdas de todas as dignidades, condecorações e distincções honorificas;
- d) perda de todos os munus publicos.

§ unico. Sempre que o codigo applicar, além da pena corporal, a de privação do exercicio de alguma arte ou profissão, esta pena só produzirá os seus effeitos depois de cumprida a pena corporal.

**Decreto n. 16.588 — de 6 de setembro de 1924.**

Art. 1.º Em caso de primeira condemnação ás penas de multa conversivel em prisão ou de prisão de qualquer natureza, até um anno, tratando-se de accusado que não tenha revelado character perverso ou corrompido, o juiz ou Tribunal, tomando em consideração as suas condições individuaes, os motivos que determinaram e circunstancias que cercaram a infracção da lei penal, poderá suspender a execucao da pena, em sentença fundamentada, por um prazo expressamente fixado de 2 a 4 annos,

si se tratar de crime, e 1 a 2 annos, si de contravenção.

§ 1.º Quando a condemnação fôr imposta por decisão do Tribunal do Jury, a suspensão será decretada pelo Juiz Presidente.

§ 2.º Si no prazo fixado, a contar da data da suspensão, não itver sido imposta outra pena ao accusado, por facto anterior ou posterior á mesma suspensão, será a condemnação considerada inexistente, pelo Juiz ou Tribunal, ex-officio, ou a requerimento do accusado ou do Ministerio Publico.

§ 3.º Em caso contrario, a suspensão será revogada e executada immediatamente a pena, de forma a não se confundir com a segunda condemnação.

§ 4.º A revogação será declarada na fôrma estabelecida para os incidentes da execução, pelo Tribunal ou Juiz competente, e susceptivel de recurso sem effeito suspensivo.

**Art. 2.º** A suspensão não comprehende as penas accessorias e incapacidades, nem os effeitos relativos á indemnização do damno resultante da infracção da lei penal.

§ 1.º Na sentença de suspensão será fixado um prazo para o accusado pagar as custas do processo, tendo o juiz ou Tribunal em attenção as suas condições economicas ou profissionaes.

§ 2.º A suspensão será subordinada á obrigação de fazer o condemnado as reparações, indemnizações ou restituções devidas, salvo caso de insolvencia provada e reconhecida pelo juiz da execução.

**Art. 3.º** Cessarão os effeitos penaes da condemnação no dia em que a mesma fôr declarada inexistente.

**Art. 4.º** Durante o prazo da suspensão não correrá prescripção.

**Art. 5.º** Não haverá suspensão da execução da pena nos crimes contra a honra e bôa fama (Codigo Penal, arts. 315 e 325 e leis modificadoras) e contra a segurança da honra e honestidade das familias (Codigo Penal, arts. 266 a 278 e 283 e leis modificadoras).

**Art. 6.º** A suspensão da execução da pena so pôde ser concedida uma vez, salvo se a primeira houver sido applicada em processo de contravenção, que não revele vicio ou má indole do accusado.

**Art. 7.º** Em caso de codelinquencia poderá a suspensão ser concedida a uns e não a outros accusados, tendo o Juiz ou Tribunal em attenção o estabelecido no art. 1.º.

**Art. 8.º** O Juiz ou Presidente do Tribunal que conceder a suspensão lerá ao accusado, em audiência, a sentença respectiva, e advertirá das consequencias para elle de uma nova infracção. Se o accusado tiver sido revel, o Juiz ou Tribunal poderá tomar em consideração essa circumstancia para conceder ou não a suspensão.

**Art. 9.º** A condemnação será inscripta com a nota de suspensa em livro especial do Gabinete de Identificação e Estatistica, averbando-se, mediante communicação do juiz ou Tribunal, se foi revogada a suspensão, extincta a condemnação ou cumprida a pena.

**Art. 10.** Nos logares onde não houver Gabinete de Identificação e Estatistica a inscripção e registros serão feitos em livro proprio do juiz ou Tribunal, que decretar a suspensão da condemnação.

**Art. 11.º** Esse registro é de character secreto, salvo quando requisitadas informações por autoridades judicias para os effeitos de applicação desse decreto. Em caso de revogação da suspensão será feita a averbação definitiva no registro geral.

**Art. 12.º** Da decisão do Juiz da 1.ª Instancia, concedendo a suspensão, poderá haver recurso do Ministerio Publico ou da parte para o Juiz ou Tribunal Superior, com effeito suspensivo.

**Decreto n. 16.665 — de 6 novembro de 1924.**

**Art. 1.º** Poderá ser concedido livramento condicional a todos os condemnados a penas restrictivas da liberdade por tempo não menor de quatro annos de prisão, de qualquer natureza, desde que se verifiquem as condições seguintes:

- 1.ª Cumprimento de mais de metade da pena;
- 2.ª Ter tido o condemnado, durante o tempo da prisão, bom procedimento indicativo da sua regeneração;
- 3.ª Ter cumprido pelo menos uma quarta parte da pena em penitenciaría agricola ou em serviços externos de utilidade publica.

Paragrapho unico. Não prejudicará a concessão do livramento condicional o facto de não ter sido o condemnado transferido para penitenciaria agricola, ou empregado em serviços externos de utilidade publica, se essa transferencia ou emprego não se tiver dado por circunstancias independentes da sua vontade. Neste caso, porém, a concessão dependerá do cumprimento de dois tercos da pena.

Art. 2.º As condições estatuidas no artigo anterior serão verificadas pelo Conselho Penitenciario, constituído pelo Procurador da Republica, por um representante do Ministerio Publico local e por cinco pessoas gradas de livre nomeação do Presidente da Republica no Districto Federal e Territorio do Acre e pelos Presidentes ou Governadores nos Estados onde não houver penitenciaria federal, escolhidos de preferencia tres membros dentre professores de direito ou juristas em actividade forense, e dois dentre professores de medicina ou clinicos profissionaes.

§ 1.º Nas secções em que houver mais de um Procurador da Republica funcionará o que tiver a seu cargo as questões criminaes, e não havendo discriminação, o Primeiro Procurador.

§ 2.º O representante do Ministerio Publico do Districto Federal e do Territorio do Acre será designado pelo respectivo Procurador Geral.

§ 3.º A função de membro do Conselho Penitenciario será gratuita e considerada serviço publico relevante.

§ 4.º A presidencia será exercida pelo membro do Conselho, designado pelo Governo respectivo, cabendo a substituição ao mais antigo, na ordem da data do termo de posse do cargo, e ao mais idoso, entre os de posse da mesma data.

§ 5.º O Conselho Penitenciario poderá funcionar com a presença de cinco dos seus membros, inclusive o Presidente, com direito de voto, deliberando por maioria.

§ 6.º Servirá de Secretario o Director do estabelecimento penitenciario civil para homens da Capital Federal ou dos Estados, competindo-lhe a guarda do archivo do Conselho e as providencias relativas á execução das deliberações.

§ 7.º Deverão sempre assistir ás sessões do Conselho Penitenciario o Director e o medico do estabelecimento penal em que se acharem os condemnados, sobre

os quaes haja de deliberar o Conselho Penitenciario, afim de que possam prestar informações.

**Art. 6.º** O Conselho Penitenciario, ao verificar as condições de cada preso, deverá ter sempre em vista que o livramento condicional se destina a estimular o condemnado a viver honestamente em liberdade, reintegrando-se pouco a pouco na sociedade dos homens livres, mantido, porém, o temor da sua nova reclusão, caso não proceda satisfactoriamente.

**Art. 7.º** O livramento condicional deverá sempre que fôr possível, importar na transferencia do liberado para colonia de trabalhadores livres, onde lhe poderá ser concedido um lote de terra cuja propriedade poderá adquirir mediante condições modicas e pagamentos parcelados, sendo-lhe licito transferir para ali a familia.

**Art. 8.º** O livramento condicional só poderá ser concedido por sentença proferida nos proprios autos do processo crime pelo Juiz ou Presidente do Tribunal perante o qual tiver sido realizado o julgamento, em primeira ou em unica instancia, ou pelo Juiz das Execuções Criminaes, onde o houver, e em cujo cartorio ou secretaria deve achar-se o processo, sem prejuizo da competencia do Juiz Federal.

§ 1.º O pedido de concessão será encaminhado por officio do Presidente do Conselho Penitenciario, instruido com as cópias da acta de deliberação do mesmo Conselho e do relatorio informativo, que tiver sido apresentado.

§ 2.º Depois de juntos aos autos do processo crime o officio de solicitação com os documentos, e do parecer do representante do Ministerio Publico competente, o Juiz ou o Presidente do Tribunal proferirá a sentença, cabendo da concessão recurso com efeito suspensivo.

**Art. 9.º** O Juiz submeterá o liberado ás condições que lhe forem convenientes, taes como: submissão a um patronato, observancia de certas regras de comportamento, prohibição de morar em determinado lugar, abstenção de bebidas alcoolicas, adopção de meio de vida honesto, dentro de prazo fixado.

**Art. 10.º** O livramento condicional será subornado á obrigação de fazer o condemnado as reparações, indemnizações ou restituções devidas, bem como de pagar as custas do processo, salvo caso de insolvencia provada

e reconhecida pelo Juiz, que poderá fixar prazo para ultimação desses pagamentos, tendo sempre em attenção as condições economicas ou profissionais do liberado; o que tudo deverá ser apreciado na sentença.

Art. 12. Em caso algum poderá o livramento condicional ser concedido por acto de qualquer autoridade administrativa, nem sem prévia audiencia do Conselho Penitenciario, sendo nulla de pleno direito e inexecutable a concessão dada com preterição dessa formalidade e das constantes do art. 8.º e seus paragraphos.

Art. 18. Verificando o Conselho Penitenciario que o liberado transgrediu qualquer das condições impostas, poderá, conforme a gravidade das faltas, representar ao Juiz respectivo, pedindo a revogação do livramento condicional concedido e a volta do liberado á prisão de onde sahiu, ou a outra mais severa.

Art. 19. Praticada pelo liberado nova infracção penal, poderá o Juiz, ouvido o Conselho, mandar recolhel-o ao estabelecimento penitenciario, que melhor convenha, quer durante o novo processo, quer depois d'elle; devendo porém, sempre terminar primeiro o tempo da pena da infracção penal anterior, sem direito algum a qualquer regalia, nem mesmo a manutenção na classe em que primitivamente se encontrava ao tempo da concessão do livramento condicional.

Art. 20. O livramento condicional será revogado:

1.º Se o liberado vier a ser condemnado por qualquer infracção penal, que o sujeite a pena restrictiva da liberdade;

2.º Se não cumprir as condições que lhe tiverem sido impostas na sentença.

Art. 21. Em caso de revogação do livramento condicional, não será computado na duração da pena o tempo em que o liberado esteve solto, não correrá prescripção, nem se lhe concederá mais aquelle beneficio.

Art. 22. Expirado o prazo do livramento condicional, sem revogação, a pena se terá por cumprida.

414. — A partir do seculo XVI, a pena, que revestia o character fundamental de intimidacção, com todo esse requinte de crueldade de que foi fertil a imaginação, mudou de aspecto, tomando a forma

de trabalho forçado ou de servidão penal em proveito do Estado, devido especialmente a nova situação economica trazida pelas descobertas e extensão das relações commerciaes, e de outro lado o sempre crescente numero de aventureiros vivendo de expedientes e de vagabundagem, patenteavam que as crueldades, a que se submettiam os delinquentes, não impediam o desenvolvimento da criminalidade. e que representavam elles forças aproveitaveis na nova ordem de coisas. Dahi a transportação para o trabalho no exterior e a creação de casas de força ou correcção para o interior, destacando-se como primeiras construidas as casas de Londres (1550), de Nuremberg (1558), e de Amsterdam (1595).

A principio só se internavam nessas casas os mendigos, vagabundos, prostitutas e jovens de conducta deshonesta, e depois uma grande parte de delinquentes, notadamente ladrões.

No seculo XVII, e sobretudo durante todo o seculo XVIII, se organisaram estabelecimentos de detenção para os condemnados, muito embora sem idéa philantropica ou penitenciaria, que só mais tarde começou a imperar, com a creação de varios regimens presidiarios. Chamavam-se taes estabelecimentos *Gools* ou *Bridewells* na Inglaterra, *Zucht-Raspet* ou *Spinnhäuser* na Allemanha e na Hollanda e *Bagnes* na França.

A pena de prisão ou encarceramento assim creada com o desenvolvimento adquirido, tornou-se a pena principal do direito penal moderno, por isso que de applicação rara se reduziu a pena de morte, em muitos paizes até abolida de facto ou de direito, e a pena de multa, em geral, incobrável, se convertendo em prisão.

Depois, tanto quanto possivel, a pena privativa da liberdade pessoal é a que mais elementos fornece para a consecução de fins que modernamente se assignam á penalidade, isto é, a intimidação, a segregação e a emenda. Em uma época de individualismo e de liberdade, em que o homem se habituou a considerar a liberdade em geral e a liberdade de ir e vir em particular como um bem tangivel, toda a restricção á liberdade é naturalmente considerada como o maior dos soffrimentos, e dahi porque o systema penal gravitou em roda da prisão, que assim exerceu sobre os espiritos uma verdadeira tyrannia. Pela extrema divisibilidade de sua duração, podendo variar de horas a perpetuidade, a pena de prisão accommoda-se ás necessidades de intimidação, em se tratando de delinquentes momentaneos, e ás necessidades de segurança, em se tratando de delinquentes de habito, reincidentes endurecidos e incorrigiveis, ou pelo menos incorrigidos, e pelas numerosas combinações de que é susceptivel o seu regimen, concorre para a emenda ou correcção dos delinquentes, quando reformaveis.

415. — O movimento humanitario no seculo XVIII, lançando as novas bases do direito penal, poz em fóco a questão penitenciaria,

a criação de um regimen que melhor assegurasse os fins primordiales da pena.

Um notavel pensador e philantropo inglez, JOHN HOWARD, visitando, de 1775 a 1790, as prisões de diversos paizes da Europa, deixou em seu livro *State of prisons*, descripta a situação lastimavel em que se encontravam os prisioneiros, submettidos a regimen duro, a penas disciplinares corporaes, numa promiscuidade revoltante, mal alimentados, mal vestidos, mettidos em prisões sem hygiene alguma, e por isso, fóco de febres infecciosas que os desimavam e se propagavam para a população livre, deixando aquelle livro profunda impressão nos centros civilizados. Aos seus esforços, se deve a criação das prisões locaes, dotadas de cellulas e submettidas a regulamentos disciplinares em Horsam (1779) e em Gloucester (1791).

Pela mesma época BENTHAM propunha um *Panopticon* baseado no trabalho obrigatorio dos prisioneiros, com separação e fiscalisação rigurosa, em um primeiro periodo, seguindo-se uma situação de semi-liberdade e libertação definitiva, plano que chegou a ter inicio de execução com o lançamento de uma penitenciaria no local actual de Milbanck. Mas foi na America que as novas idéas, os planos penitenciarios tiveram mais completa e systematica actuação. Em 1790, com a propaganda de FRANKLIN e sob as tendencias ao mesmo tempo rigidas e idealistas do espirito puritano, põe-se em pratica em Philadelphia, na Pensylvania, o systema cellular, conhecido pela sua localisação, por systema *pensylvanico* ou de *Philadelphia*. Em sua forma primitiva, consistia no isolamento rigoroso e continuo (*the most rigid and unremitted solitude*), instituido para o arrependimento e para a volta ao bem, forma essa do *solitary system* que mais tarde, diante da experiencia feita, foi mitigada, na *Eastern Penitentiary* de Cherry-Hill, pelo *separate-system*.

Separados cuidadosamente os prisioneiros uns dos outros, eram afastados completamente da vida exterior, e sujeitos a um conjuncto de medidas relativas a cultura intellectual, moral e profissional.

Na forma mitigada, os presos são visitados pelos membros do pessoal da prisão (directores, fiscaes, esmoleres, instituidores, medicos, contra-mestres, membros das commissões, etc.); podem ver, em certos dias, seus parentes, corresponder com elles; exercem um mister, fazem leituras, passeios pelos pateos, etc. Procura-se, emfim, subtrahil-os á promiscuidade dos mãos para entregal-os ás boas influências.

Mas, á parte esta vantagem do isolamento dos elementos perniciosos, a experiencia veio mostrar que o systema não tendia ao fim positivo da corrección, da educação e da reclassificação social.

O isolamento continuo não pôde tornar apto o individuo para a vida social, que implica a coexistencia e cooperação permanentes, e na cellula só se pôde encontrar uma fraca imitação da vida moral, muito áquem da realidade, o bem e o mal, a recompensa e o castigo

reduzidos á proporções minúsculas, mínimo que pôde ainda desaparecer quando o detento se adaptar definitivamente a cellula, cuja acção educadora se nullifica.

A regeneração não pôde advir do trabalho, porque feito este isoladamente pelo detento, não pôde ser comparado com o trabalho livre, activado pela emulação, pela concorrência e pelos estímulos da vida industrial. A cellula exclue, além disso, o trabalho agrícola; desclassifica os campezinos, que são numerosos nas prisões, e favorece o despovoamento dos campos em proveito das cidades, o que é considerado justamente como uma das chagas sociais actuaes.

Accresce notar que o trabalho na cellula tendo, no ponto de vista technico, um caracter especial e não podendo ter nada de commum com o trabalho dos ateliers, das usinas e manufacturas, é difficil obter constantemente trabalhos apropriados a todas as categorias de detentos.

Finalmente, a vida da prisão diminue as necessidades e afrouxa as funções organicas, necessario sendo procurar contrapezo em um trabalho energico, que active a circulação e produza uma reserva sufficiente de força muscular, e tal trabalho a cellula não pôde fornecer. Dahi porque se chega a combater a acção deprimente da detenção prolongada por uma grande humanidade nas coisas materiaes. O temor de ser cruel para com os bons provoca uma philantropia exaggerada para com os máos; a pena perde em intensidade o que ganha em duração, disso soffrendo o principio de justiça.

Não sem razão profligam CARLYLE e DICKENS o sentimentalismo que caracteriza as prisões de seu tempo e comparam o luxo e o conforto ahi dominantes com as privações da massa honesta.

E' evidente que a ameaça do castigo, em tal conjunctura, não é sufficiente para contrabalançar no espirito do malfeitor o attractivo do proveito da empresa criminosa (PRINS, HOLTZENDORFF e VON JAGEMAN).

416. — Reagindo contra o ascetismo do systema pensylvaniano, de sorte a evitar seus inconvenientes, sociedades philantropicas de New-York e Boston, sob orientação de politica mais realista, fundaram, em 1820, em Auburn, um estabelecimento, cujo regimen, em substancia, nada mais era do que o que vigorou em Gand, na Belgica, de 1773 a 1775.

A esse systema se tem dado a denominação de *systema auburniano*. Os presos, collocados em cellula durante a noite, trabalham em commum durante o dia, grupados segundo o sexo, a idade, a culpabilidade, a aptidão para o trabalho.

Procura-se obter nos ateliers o isolamento moral pela obrigação do silencio, sancionada pela pena do castigo corporal, sancção esta substituida em varios paizes pelo instituto americano do *good time laws*, pelo qual se permite diminuir da sentença condemnatoria

tantos dias quantos a administração entender de justiça, para recomendar a conducta exemplar do condemnado. O objectivo visado pelo systema se mostra inexequível, ás mais das vezes, porque por mais vigilante e astuto que seja o mestre de officina, impossivel é evitar a communicação de idéas, facil sendo estabelecê-la com simples olhar, um gesto, um signal, com o proprio instrumento de trabalho.

Além de não se poder evitar o silencio absoluto, este por contrario á natureza humana tem sido condemnado geralmente.

O systema auburniano, com especial classification de detentos, foi applicado em 1833, em Genebra, e dahi passando para a Saxonia, Austria e Dinamarca.

417. — Na Inglaterra, desde 1847, e na grande prisão celluiar de Pentonville, começou a vigorar o systema chamado da *servidão penal ingleza (penal servitude)*. Comprehende tres phases ou periodos seguintes: 1.º periodo de segregação celluiar continua nocturna e diurna durante nove mezes; 2.º periodo de segregação celluiar nocturna e trabalhos publicos em commum durante o dia, sob rigoroso silencio. Os condemnados são divididos, segundo o seu trabalho, e sua conducta em quatro classes, sendo na ultima menores as privações soffridas, na penultima maiores e assim successivamente. A inclusão do condemnado em uma classe se faz por meio de *marcas* ou *pontos*, e a indisciplina fal-o retrogradar e mesmo reentrar na cellula.

3.º) periodo da liberdade condicional ou condicionada, que pôde ser concedida depois do cumprimento de tres quartos da pena, e ao condemnado que tenha revelado melhora em seu character e em sua conducta. Vive, então, fóra da prisão, em logar determinado, sob a vigilancia da policia.

Se transgride as condições impostas volta ao segundo periodo; se, porém, as cumpre dentro do prazo prescripto é considerado liberado.

WALTER CROFTON trouxe importante modificação a esse systema, em 1853, formando o systema chamado *progressivo* ou *irlandez*, denominação que vem de ser o systema adoptado na Irlanda e formado sob a idéa de restabelecer gradualmente no condemnado o equilibrio moral e de reintegrar-o gradualmente na sociedade civil.

Para isso, notando que o systema inglez não estabelece as phases precisas para esta reclassification social, muito rapida, sem a devida gradação, sendo a passagem do segundo para o terceiro periodo, acrescentou mais um periodo, o da aprendizagem da liberdade, que precede o da liberdade condicional, no qual os condemnados se entregam a trabalhos agricolas ou industriaes, não trazem mais o costume penal, e podem conversar, e são por vezes autorizados a sahir da prisão até um certo raio.

A má conducta fal-os descer para o gráo inferior, ao passo que a boa conducta leva-os á liberdade condicional.

E' o systema adoptado na maior parte das legislações penaes modernas.

Isto posto, rememorados os principaes systemas penitenciarios praticados nos paizes cultos, aos quaes é preciso reunir o *reformatory* de Elmira, do Estado de New York, essencialmente educativo e reformador, vejamos como foi o assumpto regulado pelo nosso legislador.

#### PRISÃO CELLULAR

418. — A primeira pena privativa da liberdade pessoal enumerada no art. 43, letra *a*, e de que se occupam especialmente os arts. 45, 50, 51 e 52, que vamos commentar combinadamente, é a *prisão celllular*.

Adoptando-a como pena fundamental para os crimes e contra-venções, o autor do codigo declara que o systema preferido foi o irlandez ou de CROFTON, cujas vantagens sobre os demais encarece, e no mesmo sentido se enuncia o *Relatorio do Ministro da Justiça de 1891*, p. 89.

O codigo não adoptou, porém, o regimen irlandez em todos os casos de segregação celllular. Em face dos arts. 45 e 50, verificamos que se a pena não excede de seis annos, o regimen é mixto de pensylviano e de auburniano, observadas as regras do art. 45, letras *a* e *b*. Não temos, pois, neste caso o regimen irlandez que se caracteriza pelos quatro estadios notados (n. 417), especialmente pelo terceiro, o da aprendizagem da liberdade.

Sómente quando a pena excede de seis annos, é que o codigo adopta esse regimen.

419. — Sujeitando o condemnado a pena de menor duração a esse regimen mixto, o legislador se mostrou imprevidente, não adoptando os necessarios succedaneos para taes penas.

A experiencia tem demonstrado que as prisões de curto prazo não produzem sempre os effeitos esperados relativamente a todos os delinquentes, pois duram pouco para moralisarem e bastante para corromperem (SALEILLES). Tratando-se de delinquentes primarios, levados á pratica do crime por circumstancias externas, a prisão só poderá ter effeitos prejudiciaes, porquanto o contacto com outros condemnados, pervertidos ou delinquentes habituaes, trará ás mais das vezes a obliteração do brio e do pudor, mal a que vêm se juntar outros, como a desestima geral resultante do recolhimento a um estabelecimento penitenciario, a perda de cargos ou de meios profissionais com que provia a subsistencia, o desamparo e muitas vezes a miseria a que fica reduzida a familia, a difficuldade, senão a impossibilidade de reintegração ao centro da actividade anterior,

facto frequente em paizes que, como o nosso, não têm sociedades de patronato sufficientemente installadas. Para obviar esses males, têm-se excogitado e praticado nos paizes cultos diversos institutos succedaneos das prisões de curto prazo, destas mantendo o effeito da intimidação, unico beneficio que ellas poderiam ter em relação aos noviços do delicto.

Das discussões em congressos penitenciarios, como os de Londres (1872), de Stockholmo (1878), de Roma (1883), de São Petersburgo (1890), e da experiencia feita, foram reconhecidos como de mais efficiencia a *reprehensão*, *admoestação* ou *admonitorio judiciario*, regulado especialmente pelo codigo italiano, e a *condemnação condicional* (*sursis à l'exécution de la peine*, dos francezes), instituto geralmente preferido. Inspirando-se na lei BERENGER, de 26 de março de 1891, que em França creou este instituto, o professor ESMERALDINO BANDEIRA apresentou á Camara dos Deputados do Congresso Nacional, na sessão de 18 de julho de 1906, um bem elaborado projecto, instituindo a condemnação condicional mas sómente em 1924 foi expedido decreto, regulando o assumpto.

Preferindo o systema da suspensão da *condemnação*, adoptado na França, na Belgica e outros paizes, ao da suspensão do *processo*, adoptado na Inglaterra e nos Estados Unidos, o Decr. n. 16.588, de 6 de setembro de 1924, por delegação da Lei n. 4.577, de 5 de setembro de 1922, organisou o instituto do *sursis*, desde então em execução em todo o paiz.

Em face do art. 1.º daquelle diploma legal, para ser decretada a suspensão da condemnação são necessarios estes requisitos:

- a) que seja primeira essa condemnação, ou que primario seja o delinquente condemnado;
- b) que a pena imposta seja de prisão ou multa convertida em prisão, até um anno;
- c) que o delinquente não tenha revelado caracter pervertido ou corrompido.

Relativamente ao primeiro requisito, é preciso que a sentença condemnatoria tenha força de coisa julgada, pois só assim poderá ser considerada existente a condemnação.

Se tiver havido amnistia, a condemnação anterior desaparece, não impedindo, pois, o beneficio, não assim em caso de indulto ou de prescrição de sentença condemnatoria. Não deixa de ser primario o delinquente, se tiver sido condemnado por contravenção, attento o caracter preventivo desta, e, por isso, a lei permite em tal caso o beneficio (art. 6).

Quanto ao segundo requisito, tem-se em vista a pena em concreto, ou imposta pela sentença, que não exceda de um anno, sendo de prisão, ou de multa nella convertida, por não ter sido paga, e devidamente liquidada.

Quanto ao terceiro requisito, a perversidade ou corrupção se apuram pelo exame em conjuncto da natureza do crime, das condições individuaes de seu agente, de suas causas e circumstancias (art. 1.º), o que tudo deve ser detalhado na sentença, para conhecimento do interessado no recurso della. Tem sido decidido que excluidos estão da lei os crimes militares, e expressamente por ella, art. 5, os crimes contra a honra e boa fama (Codigo Penal, arts. 315 à 325 e leis modificadoras) e contra a segurança da honra e honestidade das familias (Codigo Penal, arts. 267 a 278 e 283 e leis modificadoras). Como a suspensão é um favor da lei, visando mais o interesse da sociedade do que da parte, o juiz não pôde deixar de concedê-la, satisfeitos os requisitos legais, razão porque deve fundamentar sua decisão, para verificação de sua justiça. Tem arbitrio é no fixar o prazo da concessão, dentro dos limites fixados pela lei, pois só em concreto se pôde bem apreciar o crime e seu agente. A concessão só é permittida uma vez, salvo quanto á contravenção, desde que seu agente não se tenha revelado vicioso ou de má indole.

Quanto aos effeitos, fica o réo sujeito á vigilancia da autoridade judiciaria, mas apenas para verificar se, no prazo fixado, o réo soffreu condemnação por outro crime ou contravenção; e na negativa será, então, declarada inexistente a condemnação decretada.

Se tiver sido imposta definitivamente outra pena ao beneficiado, por facto anterior ou posterior á suspensão, esta será revogada e executada immediatamente a pena, de forma a não se confundir com a segunda condemnação (art. 1, §§ 2.º e 3.º).

O não pagamento das custas não impede a concessão, nem autorisa sua revogação, pois o meio de tornal-o effeito é o processo civil adequado.

A suspensão não comprehende as penas accessorias e incapacidades, nem os effeitos relativos á indemnisação do damno resultante da infracção da lei penal.

420. — Applicando o regimen progressivo ou irlandez quando a pena de prisão é excedente de seis annos, parece que o legislador foi levado pela consideração de que só nas penas de longa duração seria possivel passar devidamente o condemnado pelos quatro estadios do systema, mostrando se foi ou não susceptivel de regeneração. Ha a notar mais que a penalidade de mais de seis annos corresponde aos crimes de maior gravidade, praticados, em regra, pelos criminosos mais temiveis, aos quaes só deve ser concedida a liberdade condicional, ultimo estadio do systema, com todas as cautelas. No citado *Relatorio do Ministro da Justiça, de 1891*, se descreve o desenvolvimento do systema adoptado, segundo os arts. 45, 50, 51 e 52, cumprindo ter em vista o que ahi se diz para comprehensão do espirito que animou o texto legal, que não caracteriza claramente o regimen irlandez, que se diz preferido.

“Esta pena (a prisão celllular), diz o relatorio, consiste no isolamento celllular com trabalho obrigatorio. Mas a lei não prescreve que esse isolamento seja absoluto, como no rigoroso regimen de Philadelphia; nem é continuo durante todo o cumprimento da pena, quaí o adoptaram a Belgica e a Hollanda; em caso nenhum poderá exceder de dois annos, isto é, um anno menos do maximo fixado na Inglaterra, Irlanda, Allemanha e Austria.

Limita-se o isolamento continuo á quinta parte da duração da pena, não excedente de um anno, á quarta parte do excedente, nunca se prolongando, porém, além do maximo estabelecido; constitue, pois, o primeiro periodo da execução da sentença que assim obriga o criminoso a meditar na culpa e a conhecer o rigor da lei contra a rebeldia dos seus infractores. No segundo periodo deve ser observado o regimen de Auburn: segregação nocturna, trabalho em commum e em silencio durante o dia. E’ o das nossas actuaes penitenciarías, e o mais geralmente seguido nos Estados Unidos e na Európa, onde aliás precedeu, na maior parte dos paizes, o regimen mais rigoroso durante algum tempo; a Belgica e a Hollanda só o adoptaram para as penas perpetuas. Em algumas penitenciarías da França ha o trabalho celllular e o em commum, podendo a administração submeter o condemnado a um ou outro, conforme as conveniencias. Está previsto no Codigo que o trabalho deve ser adaptado ás habilitações dos condemnados e ás suas precedentes occupaões. Por estimular a regeneração, elle permite que seja transferido para uma penitenciaría agricola o condemnado á prisão celllular por tempo excedente a seis annos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, e si neste perseverar, ainda poderá o governo conceder-lhe livramento condicional dentro dos dois ultimos annos da execução da sentença, designando o logar em que, durante esse periodo, deve residir o réo sob a vigilancia da policia. Se não perseverar no bom proceder, antes ou depois da concessão e emquanto durar a pena, voltará o condemnado á prisão celllular para completal-a, descontado todo o tempo que houver gosado do livramento condicional. E’ o methodo irlandez.”

421. — O codigo não deixa explicito se a boa conducta do condemnado e melhoria consequente de situação até a concessão de *tickt of leave* ou o ultimo estadio, se faz por meio de marcas ou pontos, como no systema irlandez, que diz o legislador ter adoptado, naturalmente deixando a materia para objecto de regulamento especial, o que devia ter declarado. Quanto ás disposições sobre o livramento condicional (arts. 51 e 52), ressentem-se de lacunas em ponto essencial, e não traduzem, em diversos outros pontos a boa doutrina.

O *livramento condicional* é o acto pelo qual se dá por antecipação, a liberdade a um individuo condemnado a prisão, com a clausula de que, se tiver mau comportamento durante o tempo da pena

que ainda tinha de cumprir, poderá ser novamente preso e constrangido ao cumprimento integral da condenação.

Com esse intuito visa-se constatar se o condenado regenerou-se effectivamente, e collocar-o em condições de reclassificação social, o que não podia ser alcançado na penitenciaria, e sim no meio social, porque só ahi póde soffrer as influencias maleficas que o levaram a delinquir, e mostrar se adquiriu a precisa força de resistencia. A medida, diz PRINS, é um estimulante porque faz entrever ao detento digno de interesse a possibilidade de uma sahida antecipada da prisão; é um freio porque faz entrever ao liberado que se não a observar, verá a revogação do favor concedido; é finalmente um estadio da pena, porque prepara o condenado para sua liberdade definitiva. Com tal escopo, o instituto é compativel com qualquer regimen penitenciario, isto mesmo ficando reconhecido no Congresso de Stockholmo, em 1878. As suas vantagens trouxeram sua adopção pelas legislações dos povos cultos, muito embora divergencias secundarias. Tem-se discutido se é condição essencial do livramento ficar o condenado obrigado a residir em determinado lugar, sob a vigilancia da policia.

Apreciada a questão sob o aspecto da individualisação da pena, que é o predominante hoje na funcção de repressão, não é admisivél a affirmativa absoluta, pois tudo depende da natureza do condemnado.

O legislador brasileiro encarando a questão em abstracto, como aliás fazem outros codigos, presos á intuição classica, faz condição essencial do livramento a residencia em lugar determinado, sob a vigilancia policial (art. 51 § unico). Não deixa explicito em que deva consistir essa vigilancia, lacuna sensível, por estar em jogo a liberdade pessoal, affectada directamente por essa medida, que é incontestavelmente uma pena accessoria, como tal considerada em diversas legislações (cods. italiano, art. 28, allemão, arts. 49 a, 115, 116, 122 e outros, belga, art. 35). E' uma pena por que submete o condemnado, na expiração do tempo da prisão ou durante o livramento condicional, á medida que restringem sua liberdade de locomoção. De origem moderna, pois apparece no direito francez do periodo revolucionario, foi applicada a principio aos suspeitos politicos, e pelo codigo de 1810 tornada uma pena accessoria ás penas criminaes e correccionaes. O rigor com que era applicada, senão mesmo com inumeros abusos, tornou odiosa a execução da lei, e dahi as diversas alterações e modificações feitas aos arts. 44 e seguintes do codigo até que o art. 19 da lei de 27 de maio de 1885 sobre os reincidentes, supprimiu a vigilancia da alta policia e a substituiu pela prohibição feita ao condemnado liberado de apparecer nos logares designados pelo governo, ou a pena da *interdiction de séjour*, a cujo lado se estabeleceu tambem a pena mais efficaz ainda da relegação.

Abolida, também foi a pena da vigilância da polícia pelos códigos húngaro, holandês e na Inglaterra.

Mas, como observa PRINS, as críticas, que lhe foram feitas, se dirigem não ao princípio, mas à maneira pela qual os agentes inferiores da polícia applicavam as regras da vigilância.

Sujeitando o liberado a excessivos rigores e prescrições vexatorias, era crear-lhe impecilhos à sua reclassificação social, recambiando muitos para a senda do crime, outros ao suicidio.

De outro lado a ausência de toda a fiscalização produz inconvenientes serios, patente ficando que a sociedade não pode ficar desarmada em face de condemnados liberados, tornados suspeitos pelo passado, daí porque, supprimida a vigilância da polícia em 1830, na Belgica, ali foi restabelecida pela lei de 31 de dezembro de 1836, cujo sistema passou para o código penal de 1867.

Em substituição da vigilância da polícia se collocam as sociedades de patronatos, cujas vantagens naturalmente só podem ser apreciadas onde tais sociedades tenham regular funcionamento, o que não é o nosso caso, carente o país de sociedades dessa natureza.

422. — No art. 51, dizendo o código que o livramento será concedido por *acto do poder federal ou dos Estados, conforme a competência respectiva*, considera a autoridade administrativa federal ou estadual como a competente para a concessão, e não a autoridade judiciaria. Igual competência é dada por outras legislações, como a belga (lei de 31 de maio de 1888), que faz depender a concessão do ministerio da justiça, depois de ouvir o ministerio publico e a comissão administrativa da prisão (art. 5).

Contra semelhante orientação, sustentando-se a competência exclusivamente judiciaria, mediante informações da autoridade administrativa, argumenta-se que sendo o livramento condicional um dos periodos da execução da pena, ao juiz competente para esta execução deve competir a concessão do livramento.

Ainda segundo o art. 51, evidente fica que o livramento condicional é uma graça e não um direito, porque sua concessão se faz se houver proposta do chefe do estabelecimento penitenciario, justificando a conveniencia da concessão em minucioso relatório.

Nem se pôde ver ali um direito adquirido, por se tratar de dominio do direito publico e não privado. Ao chefe do estabelecimento penitenciario cabe a faculdade da proposta, e dest'arte à sua perspicacia e acurada observação fica distinguir a regeneração, que se opera realmente, da simulação.

No Congresso de Stockolmo, em 1878, discutiu-se a eficiencia das cautelas a seguir nessa delicada pesquisa, mostrando-se a necessidade de um preparo especial para os empregados da penitenciaria, além da observação ininterrupta do individuo condemnado, observa-

ção que melhor será feita na penitenciaria cellular do que em outra submettida a regimen diverso.

Finalmente, para o nosso codigo, o livramento condicional é concedido a todos os condemnados por prisão celular excedente de seis annos indistinctamente, de modo que um delinquente primario é equiparado inteiramente ao reincidente. No projecto do codigo, segundo declara seu autor, não havia essa equiparação.

O "instituto do livramento condicional, diz elle, que penetrára. como novidade, na legislação penal, foi adoptado com restricção pelo art. 53 do projecto, que desse beneficio excluiu os condemnados por crimes: a) de tentativa directa e por factos de destruir a independencia e a integridade da patria; b) de auxilio á nação inimiga para fazer guerra ou commetter hostilidade contra a patria; c) de homicidio aggravado; d) de roubo; e) de moeda falsa. Embora este instituto seja um complemento do systema carcerario adoptado pela reforma, consistente na antecipação da liberdade do condemnado que, tendo já cumprido certa parte da pena, deu provas de emenda, e, por seu comportamento durante a vida do carcere, se mostrou digno de participar do beneficio, e, no estado actual das legislações mais adiantadas, seja reputado um instrumento apto para preparar a emenda do condemnado, e combater a reincidencia, pareceu-me todavia, que seria prudente, attendendo á natureza e indole de certos crimes, nos quaes se não póde presumir facilmente a emenda e que pela sua quantidade politica, reclamam uma repressão mais dura, não applical-o sem restricções. Sei bem que os codigos que adoptaram o instituto do livramento condicional, em geral, se desembaraçaram desta preocupação, e deram-lhe franca entrada na legislação.

Outros, seguindo diversa orientação, mostraram-se mais meticolosos, como o da Hungria (art. 40), que recusou o beneficio aos estrangeiros e aos recidivistas em crimes contra a propriedade (a fraude, o furto e o roubo) e aos incendiarios, e o Cod. da Italia (art. 16), que della excluiu os reicidivistas em crimes de homicidio e lesões corporaes, de rapina e de extorção, e em geral, os reicidivistas pela segunda vez condemnados a pena superior a cinco annos. Pareceu-me que não podiamos confiar bastante na estabilidade das forças conservadoras da ordem civil, e nos nossos, ainda imperfeitos, meios de combate contra o crime, para não temer que a paz social possa ser perturbada pela activdade criminosa daquelle que é libertado do carcere, antes do tempo, que a lei acreditou sufficiente para garantir a sociedade contra novas aggressões. O art. 57 do projecto foi supprimido, sendo o instituto da liberdade condicional recebido sem reservas e restricções, extensivo a todas as categorias de criminosos."

Mes nas legislações que não fazem exclusão de delinquentes do livramento condicional, vemos que não são equiparados para o

benefício do livramento, dos reincidentes se exigindo maior tempo de cumprimento de pena do que dos demais delinquentes, como se vê na lei franceza de 14 de agosto de 1885, art. 2, e na beiga de 1888, art. 1.

Quanto á revogação do livramento condicional, o art. 52 deixa claro em que caso se verifica e quaes as suas consequencias.

422-bis — Pelo decr. n. 16.665, de 6 de novembro de 1924 foi regulamentada a concessão do livramento condicional, intstituido pelo art. 52 do codigo penal, modificando-o e transformando o favor administrativo e mercê politica em providencia normalmente judiciaria, encaminhada por um Conselho Penitenciario, de cuja constituição e attribuições se occupam os arts. 2 e 3 do citado decreto.

O livramento condicional póde ser concedido a requerimento do sentenciado, representação do director do estabelecimento, ou por iniciativa do Conselho Penitenciario, desde que se trate de pena restrictiva da liberdade por tempo não menor de 4 annos de prisão, de qualquer natureza e pelo mesmo Conselho seja verificada a occorrenca das seguintes condições :

- a) cumprimento de mais de metade da pena ;
- b) ter tido o condemnado, durante o tempo da prisão, bom procedimento indicativo da sua regeneração ;
- c) ter cumprido pelo menos uma quarta parte da pena em penitenciaria agricola ou em serviços externos de utilidade publica, salvo quando a transferencia para essa penitenciaria ou o emprego em taes serviços não se tiver verificado por circumstancias independentes de sua vontade, mas neste caso, a concessão dependerá do cumprimento de dois terços da pena (art. 1).

São estas condições ou *requisitos legais* para a concessão do livramento, mas que têm de ser conjugadas com os elementos de apreciação da individualidade do liberando, de que trata o art. 4 do mesmo decreto, transcripto supra. A não ser assim, diz ASTOLPHO DE REZENDE, que foi um dos membros da commissão encarregada pelo governo de elaborar o projecto do regulamento do livramento condicional, projecto integralmente approved pelo decreto n. 16.665, e, pois, em condições de mostrar qual a orientação seguida pela commissão, se se tivesse de applicar *isoladamente* o artigo 1.º, então os demais artigos na sua maioria seriam inuteis; bastaria um attestado de boa conducta passado pelo director do estabelecimento.

Seria inutil o Conselho Penitenciario, e sem proveito as investigações que a lei impõe no art. 4. Realmente, se a concessão do livramento condicional fosse um acto mecanico e material, resultante apenas das condições *juridicas* estabelecidas no art. 1, como tem decidido a Camara Criminal da Côrte de Appellação, e não dependesse tambem da *apreciação* do juiz, e do estudo individual do

peticionario, ficariam sem razao de ser todas as exigencias contidas no art. 4.

Não ; o *estudo do delinquent*e, determinado nesse art. 4, é imprescindivel, para se determinar se o condemnado *merece* ou *não* o favor de um livramento antecipado, isto é, se elle possui as precisas *qualidades moraes* para, em liberdade embora vigiada, reintegrar-se na sociedade dos homens livres, como diz o art. 6 (Vide no *Archivo Judiciario*, vol. III, o artigo — *O livramento condicional*, onde o autor aprecia o instituto em face da doutrina e de diversas legislações, apontando a belga e a italiana como aquellas em que se inspirou especialmente a commissão).

Nos arts. 8 a 14, occupa-se o decreto do processo do livramento condicional ; nos arts. 15 a 17, da vigilancia do liberado e seus effeitos ; nos arts. 18 a 21, da revogação do livramento e no art. 22 do seu cumprimento.

423. — O regimen cellular adoptado pelo codigo até hoje não foi applicado, por falta de estabelecimento penitenciarios adequados, quer para o isolamento cellular, quer para o estadió intermedio do systema, na forma de penitenciarias agricolas.

Prevendo isso mesmo, o codigo estatuiu que “em quanto não entrasse em inteira execução o systema penitenciario, a pena de prisão celular seria cumprida, como a de prisão com trabalho, nos estabelecimentos penitenciarios existencios, segundo o regimen actual, e nos logares em que os não houvessem, seria convertida em prisão simples com augmento da sexta parte do tempo”, e mais “a pena de prisão simples, em que fosse convertida a de prisão celular, poderia ser cumprida fóra do logar do crime, ou do domicilio do condemnado, se nelle não existissem casas de prisão commodas e seguras, devendo o juiz designar na sentença o logar onde a pena teria de ser cumprida, cumprimento que, embora pendesse recurso voluntario, começaria a contar-se do dia em que fosse proferida a sentença de condemnação (art. 409 §§ 1.º e 2.º). Em falta de estabelecimentos adequados, e na conformidade das disposições citadas, a prisão celular tem sido substituida pela prisão com trabalho, cumprida nas penitenciarias existentes nas capitães dos Estados e na Casa de Correccão do Districto Federal, estabelecimentos subordinados ao regimen auburniano, vigorante desde o anterior codigo. Nos logares em que não existem esses estabelecimentos, a prisão celular se converte em prisão simples com augmento da sexta parte do tempo, exactamente como se fazia antes do vigente codigo em relação á prisão com trabalho. Mas as penitenciarias existentes não comportam absolutamente os presos sentenciados, que, por isso, são internados em cadeias, sob o primitivo regimen, se é que assim possa ser chamado, de comunidade, ahí imperantes a promiscuidade, salvo no tocante ao sexo, a ociosidade, pela impossibilidade de serem

os presos sujeitos ao trabalho manual, a insalubridade, pela falta, em geral, de accomodações precisas, com as necessarias condições hygienicas, tornando-se assim taes estabelecimento a escola, não da regeneração, da emenda, mas da corrupção e da degradação physica e moral. Sem exaggero, a essas cadeias se podem applicar os conceitos de que são escolas do crime, universidades do delicto, fabricas e laboratorios da reincidencia, cujo poder malefico mais incremento encontra na falta de patronatos para os egressos das prisões, que, cercados da suspeita e prevenção, não encontram, em regra, meios honestos de subsistencia. buscam outra vez o crime como recurso decisivo.

Para o Districto Federal, e pelo Decr. n. 8.233 de 22 de setembro de 1910, elaborado pelo Dr. ESMERALDINO BANDEIRA, então ministro da justiça, foi instituido o patronato official dos liberados e egressos definitivos da Casa de Correção, da Coloniá Correccional dos dois Rios e da Casa de Detenção, sem execução, porém, até hoje.

Esse estado de coisas, deprimente e vergonhoso, só poderia ser removido, ou o mais possivel attenuado, desde que á União ficasse cabendo a attribuição de prover sobre a organização e administração dos estabelecimentos penitenciarios, attribuição que lhe cabe legitimamente, como consequencia da sua competencia exclusiva de legislar sobre o direito criminal.

A execução das penas, abrangendo um complexo de medidas de ordem processual e administrativa, implica, por isso mesmo, um complexo de normas não só intimamente ligadas entre si, como tambem com os preceitos da lei penal, podendo-se dizer que é por aquelle conjuncto de normas que se patentêa a efficacia, a perfeição desta ultima.

Elabore-se um codigo penal mais perfeito possivel, mas faça-se a sua execução por meio de normas processuaes e administrativas diversas, falhas, sem a precisa coordenação systematica, e todas as vantagens daquelle desapparecerão por completo.

Por se ter entendido de modo diverso, isto é, que aos Estados federados cabe legislar sobre o processo e prover sobre a organização e administração dos estabelecimentos penitenciarios, é que na quasi totalidade delles se observa ainda o espectaculo, que já notamos, nada edificante, apresentado pelas cadeias, onde se agglomeram os presos, em crescente degradação physica e moral, já que á maioria dessas unidades federadas fallecem meios para executar um regular systema penitenciario. Mostrando que toda a condição de exito na luta contra o crime está na união solida e organica entre a administração da justiça e a execução penal, VON LISZT lastimava que grande parte da materia attinente á execução fosse deixada ás legislações estadoaes da Allemanha, e dizia : “Assim, no campo incontestavelmente o mais importante da cultura do direito

penal, o Imperio da Allemanha não goza ainda presentemente da unidade do direito e nos Estados (principalmente no maior delles) encontram-se variegadas amostras dos systemas os mais contradictorios.” Ha ainda um ponto que vem mostrar a necessidade da unidade da execeção penal e é o referente á educação profissional do pessoal administrativo, e que evidentemente só poderia ser ministrada quando una fôr a direcção superior.

423-bis — **Jurisprudencia brasileira.**

I. — O juiz, desde que sabe, por informação official, que não ha vagas nas Penitenciarias, para os réos condemnados á prisão cellular, póde, logo após a confirmação da sentença, converter aquella pena na de prisão simples (*Accord. do Supr. Trib. Federal*, de 9 de junho de 1909).

II. — Erro ou injustiça na conversão da pena devem ser apreciados pelo juiz da execução, em recurso proprio, porém, nunca em *habeas-corpus* (*Accord. do Supr. Trib. Fed.*, de 20 de maio de 1910).

III. — O tempo que o condemnado passa trabalhando em estradas publicas deve ser considerado como passado em penitenciaria, não estando sujeito ao augmento da sexta parte (*Accord. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 4 de setembro de 1919).

**SOBRE O SURSIS**

IV. — Não se concede a suspensão da execução aos réos que revelam perversidade de character, por haverem offendido physicamente, sem motivo conhecido, a um velho de noventa annos (*Acc. do S. T. Fed.*, de 27 de julho de 1925).

V. — Não preenche as condições necessarias ao beneficio do sursis o chauffeur que, embora pela primeira vez condemnado á pena menor de um anno de prisão, por delicto culposo, commetteu innumeradas transgressões regulamentares no exercicio de sua profissão (*Acc. do S. T. Fed.*, de 5 de out. de 1925).

V. — A suspensão da execução da pena não é um favor estabelecido como excepção e dependente da vontade do Juiz da execução, mas sim um direito assegurado ao condemnado, e que lhe deve ser reconhecido, em regra, desde que: a) se trate de primeira condemnação á pena de multa conversivel em prisão ou de prisão de qualquer natureza até um anno; b) e as suas condições individuaes e os motivos determinados da infracção da lei penal e as circumstancias que a cercaram não revelem um character perverso e corrompido (decr. 16.588, de 6 de set. de 1924). Nem o contrario resulta

da expressão — poderá suspender a execução da pena — porque tal arbitrio não se refere, é obvio, ao reconhecimento do que não pôde ser recusado a quem a lei quer “evitar, com o contagio nas prisões, as funestas e conhecidas consequencias desse grave mal”, mas diz respeito unicamente á fixação do prazo da suspensão, que pôde variar de dois a quatro annos, si se tratar de crime, e de um a dois annos, se de contravenção, conforme entender o Juiz ou Tribunal a quem tal incumbir (*Acc. do S. T. Fed.*, de 31 de dezembro de 1925).

VII. — O facto de ter havido ajuste para a pratica do crime não constitue, por si só, circumstancia indicativa de perversidade, impossibilitando a concessão do *sursis* (*Acc. do S. T. Fed.*, de 13 de setembro de 1926).

VIII. — O Congresso autorizou o Poder Executivo a organizar o instituto da suspensão da condemnação, tendo-o qualificado com o vocabulo francez — *sursis* — para significar que era este o *typo* adoptado (decr. leg. n. 4.577, de 1922, art. 1.º). A criação desse instituto emanou, pois, do órgão da soberania incumbido de confeccionar as leis. O Executivo se limitou a organizar a sua composição, a regulamental-o, estabelecendo, de accordo com o regimen preferido, a que se refere a exposição de motivos, o objecto do beneficio, as condições a serem preenchidas para sua concessão, as causas extintivas e outras medidas indispensaveis á finalidade e funcionamento do utilissimo aparelho, não tendo esquecido as disposições de adaptação, que o nosso meio, a nossa legislação penal e o nosso regimen democratico impunham. Por essa forma seria attingido o escopo principal da lei. Correspondendo ao pensamento do legislador, estatuiu o decr. no seu art. 2.º: “A suspensão não comprehende as penas accessorias e incapacidades, nem os efeitos relativos á indemnisação do damno resultante da infracção da lei penal.” Foi aproveitado neste dispositivo quasi o texto do art. 2.º da lei franceza de 1891. O decr. destacou a parte referente ás custas do processo para collocal-a separadamente no § 1.º e do modo seguinte: “Na sentença da suspensão será fixado um prazo para o accusado pagar as custas do processo, tendo o Juiz ou Tribunal em attenção as suas condições economicas ou profissionaes.” Como se vê, não obstante a suspensão da condemnação, o réo está obrigado a indemnizar o damno, bem como a pagar as custas do processo e fica sujeito ás penas accessorias e ás incapacidade decorrentes da sentença. Mas o meio judicial para haver essa indemnisação ou conseguir semelhante pagamento é o *commum*, que não estorva a immediata effectividade da concessão do beneficio. Como escreve GARRAUD “le regime du *sursis* est étranger a toutes les condamnations aux frajs, domages — interéts, restitutions (arts. 2.º § 3.º) qui sont exigibles suivant

les modes ordinaires (*Droit Criminel*, n. 342). O modo ordinario, para cobrança das custas, em o nosso Direito, é o executivo. Mas o decreto com justa razão, não tornou exigível desde logo a obrigação do pagamento das despesas judiciais. Facultou um prazo, marcado pelo Juiz, dentro do qual o condemnado satisfará essas despesas, prazo cuja duração deve ser fixada segundo “as condições economicas ou profissionais” do responsável. Vencido o tempo sem o devedor se desobrigar, cáberá a execução, de accordo com o rito legal, subsistente, porém o sursis, uma vez que a falta de pagamento não se acha incluída entre as causas extintivas do beneficio. O que o decreto não fez nem devia fazel-o, foi incorporar ao seu texto a determinação demasiadamente rigorosa da lei italiana de 1904, assim concebida “in caso de delitto la supensione della condanna puó essere subordinata... al pagamento della spesa dei procedimento” (art. 2.º). Mas o Cod. do Pr. Pen. já não procedeu desse modo, e incluiu o caso entre as condições subordinadoras, cuja inobservancia acarreta a revogação do beneficio. E ha no Codigo duas circunstancias aggravativas do dispositivo, em face da fonte inspiradora: a) a de comprehender tambem as contravenções, quando ella abrange sómente os delictos; b) a de obrigatoriedade da imposição, que nessa fonte é facultativa. O singular dispositivo que não foi approvedo sem grande resistencia do Senado, tendo o Senador Vichi, relator do parecer declarado que tal disposição não se encontra em nenhuma das leis vigentes no estrangeiro, deixa ao criterio do Juiz, ao seu prudente arbitrio, o estabelecimento dessa condição, podendo este abster-se de impol-a, ou decretal-a sómente em parte (ADALGISO RAVIZZA), *La Condanna Condizionale*, ns. 170 a 177). | O decreto, aliás, determina expressamente a revogação da suspensão, sómente para o caso de ter sido “imposta outra pena ao accusado por facto anterior ou posterior á mesma suspensão”, mandando que se execute “immediatamente a pena de forma a não se confundir com a segunda condemnação (art. 1. §§ 2.º e 3.º). O § 2.º do arte 2.º, é certo, empregou as palavras da lei italiana — subordinação da suspensão ao resarcimento do damno, ou ás reparações, decorrendo dellas que, não cumprida a condição, cessará o beneficio; mas não prescreveu modo especial para a exigibilidade do resarcimento ou da reparação, nem fixou o prazo dentro do qual devem ser elles satisfeitos. E por isso foi que o Cod. do Proc. dizoz nesse § 2.º que a obrigação neste particular, é de se cumprir “antes de findo o prazo a que se refere o artigo antecedente” isto é, o artigo 1.º do decr. que autoriza a suspensão da “execução da pena por um prazo expressamente fixado de 2 a 4 annos, si se tratar de crime, e 1 a 2 annos se de contravenção.” De modo que até o ultimo dia da duração do beneficio, é facultado o cumprimento dessa obrigação, da qual se libertará, entretanto, o condemnado, se provar a insolvencia, perante o juiz da execução. O que o decreto não orde-

nou, implicitamente sequer, foi que o pagamento das custas constituiria também condição subordinadora. Neste ponto, não houve quebra do systema que, de rigor, o decreto devia respeitar: naquella o mesmo não succedeu. E' inteiramente fóra de duvida que em face do art. 2º do decr. 16.588 de 1924, que "estabelece a condemnação condicional e em materia penal", materia de direito substantivo, obrigatorio em todo o territorio da Republica, a falta de pagamento das despesas do processo no termo prefixado não está comprehendido entre as condições resolutorias do *sursis*. Ao Cod. do Proc. Pen. para o D. Fed. não era licto, como o não é a nenhum dos Codigos dos Estados, alterar as regras reguladoras do instituto, emanadas do Governo da União e applicaveis, sem excepção, nas diversas circumscripções judicarias do paiz. (*Acc. do S. T. Fed.*, de 12 de setembro de 1927).

IX. — A suspensão da execução da pena, nos termos do art. 1º do decr. 16.558, de 6 de set. de 1924, está subordinada, entre outras, á circumstancia de não se tratar de individuo de — *character perverso* ou *corrompido*. Na hypothese, o estellionato, é certo, não attribue, por si, ao seu agente, uma *indole ferina*, de *accentuada maldade* — tanto mais quanto o uso do artificio para enganar, para illaquear a boa fé, para illudir, é excludente da brutalidade de acção ou de falta de piedade para com o soffrimento da victima. Delictos taes, realizados pela intelligencia e não pelos musculos, não emprestam aos seus autores o qualificativos de — *summamente maus* significação essa que, na linguagem portugueza, é attribuida ao vocabulo *perverso*. Mas reveiam nelles, sem duvida, um character em decomposição, pervertido, divorciado da moral — se não hesitam em se apropriar do alheio, por meio de manobras fraudulentas, para assim, sem pejo e com deshonra, obter proveitos sem o esforço nobilitante do trabalho honesto. Em tal situação se encontra o paciente. Se foi antes absolvido da responsabilidade por acto identico, mas tão sómente devido á insufficiencia de provas, a reiteração da mesma pratica, definindo seus habitos, o inculca como um corrompido — não merecedor do beneficio em apreço (*Acc. do S. T. Fed.*, de 28 de dez. de 1927).

X. — O réo, tendo adquirido a substancia venenosa de quem a havia subtrahido e tendo feito venda de parte della a um viciado e de menor idade, com pleno conhecimento dessa circumstancia, revelou character corrompido. Pouco importa que, antes do delicto, apparentasse bom procedimento e, por isso, tivesse a attenuante que minorou a sua pena. No acto do crime, seu procedimento revelou as más qualidades que possuia (*Acc. do S. T. Fed.*, de 22 de out. de 1928).

XI. — A suspensão da execução da pena, isto é, o *sursis* só pôde ser concedido uma vez, salvo se a primeira houver sido applicada em processo de contravenção que não revele vicio ou má indole do accusado. Não se pôde dizer, em absoluto, que a contravenção do jogo do bicho revela sempre viciou ou má indole do contraventor, dependendo da apreciação das circumstancias em que se deu cada caso. Em determinada hypothese a contravenção revelou vicio e o *sursis* foi negado. A denegação então se deu pelo seguinte motivo: “Não obstante a generalidade do uso desse jogo do bicho e de outros jogos a que allude o acc. n. 18.400, não se pôde contestar que se trata de um acto accentuadamente illicito, que a lei penal erige em acção punivel e que a moral não approva, não se podendo, portanto deixar de considerar um vicio a sua pratica habitual. Na especie, parece tratar-se de um vicio arraigado, sobre que a suspensão nenhum effeito produziu, pois antes de expirado o prazo, já o paciente regredira a praticar o mesmo acto, sob a ameaça de cuja acção elle ainda se encontrava. Não é essa circumstancia uma prova de que a ameaça de sancção penal não teve força bastante para vencer a tendencia da natureza viciada do agente? Mas, si esse habito arraigado na pratica do jogo não pôde deixar de ser reputado um vicio, o individuo que o tem acha-se comprehendido na excepção do art. 6, isto é, na regra desse artigo, que não admitte senão uma vez a suspensão da condemnação. No caso dos autos, porém, como no habeas-corpus n. 18.400, perfeitamente identico a elle, o simples facto de ter sido o réo surpreendido, duas vezes, jogando no bicho, na verdade, não revelava por si só, que elle já se encontrava viciado na pratica desse acto illicito, tanto mais quanto entre os seus dois actos mediou grande espaço de tempo (cerca de sete ou oito annos). Por esse motivo o Tribunal concedeu o *sursis* ao impetrante do habeas-corpus n. 18.400 e por esse mesmo motivo não pôde deixar de ser concedido ao do presente habeas-corpus (*Acc. do S. T. Fed.*, de 20 de maio de 1929).

XII. — O decr. n.º 16.588, de 6 de set. de 1924 não estabelece, como condição para o beneficio, que o réo se recolha á prisão, e ao contrario, que pôde ser concedido ao réo revel (art. 8 ultimo inciso). Assim, aos Estados fallece competencia para exigirem tal condição, pena de se infringir o § 2.º do art. 72 da Const. da Republica, pois a lei deixaria evidentemente de ser igual para todos (*Ac. do S. Trib. Fed.*, de 14 de outubro de 1929).

XIII. — A possibilidade do beneficio está subordinada, entre outras á condição de se tratar de — primeira condemnação. E criminoso primario não pôde ser considerado quem delinque pela segunda vez. Por mais dilatado que seja o prazo decorrido entre uma e outra infracção, tal circumstancia não faz desapparecere da sua

vida pgressa a occorrença do anterior delicto. “A sentença condemnatoria, ainda que muito anterior ao decreto que criou a suspensão, impede a indulgencia. A existencia de uma condemnação no passivo do infractor ha de obstar aquelle beneficio, desde que o preceito legal não faz distincção sobre a época da respectiva decretação (WHITAKER — *Condemnação condicional*, pag. 29, n. 13). A lição de tão conspicuo jurista corrobora e valorisa, entre nós, igual ensinamento de outros doutrinadores (GARRAUD — *Traité de droit penal* (3.<sup>a</sup> ed., vol. III, pag. 431, not; GEORGES — *Du sursis conditionnel*, pags. 161 e 162; NYPELS et SERVAIS — *Code penal belge intepreté*, I, pag. 319, n. 6). Em verdade, assim deve ser desde que do sentido liberal da lei, só é possível o fastamento quando se seguir visível absurdo ou contradicção ou se verificar claramente que outra foi a intenção do legislador. E ainda porque, quer na interpretação, quer na argumentação, nunca se deve restringir o alcance de uma preceituação, cujo sentido fôr ilimitado, nem submettel-o a restricções repellidas pela generalidade de seus termos. Por conseguinte, não havendo fundamento legitimo para permittir o abrandamento de uma solução tão positivamente prescripta pelo decr. n. 16.588, de 1924, nem sendo ambiguas ou duvidosas as palavras que traduzem o seu intencional rigor, a razão de equidade não teria cabimento para enfrentar o imperativo da norma juridica em apreço (SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, pag. 17; OSILIA, *L'equità*, pag. 124; *Acc. S. T. Fed.*, de 25 de abril de 1928, in *Rev. de Dir.*, 83, pag. 520). A lei nova não pôde se manifestar sobre factos passados para conceitual-os por esta ou aquella forma, sómente quando ellas definem um — *direito adquirido*, ou o — *acto juridico perfeito*, ou a *coisa julgada* (Cod. Civil, art. 3.<sup>o</sup> WALKER — *Inte, to a american law*, pag. 222; COOLEY, *Constitutional limitation* (1930); BARBALHO, *Constituição Federal*, comm. ao art. 11, n. 3) (*Acc. do S. T. Fed.*, de 28 de junho de 1930)

XIV. — Anterior condemnação pela contravenção do art. 399 do Cod. Penal, por não haver vicio ou má indole do paciente, não tira ao mesmo o character de delinquente primario para impedir a concessão da suspensão da pena (*Acc. da 3.<sup>a</sup> Cam. da Côte de App.*, de 4 de agosto de 1926).

XV. — A suspensão da execução da pena não é um favor dependente da vontade do juiz; é um direito assegurado ao condenado, satisfeitas as condições legaes (*Acc. da 1.<sup>a</sup> Cam. da Côte de App.*, de 25 de junho de 1927).

XVI. — A suspensão da execução da pena não é um favor estabelecido como excepção e dependente da vontade do Juiz da execução, mas sim um direito assegurado ao condenado, satisfeitas

as condições legais. O facto do réo se ter afastado do districto da culpa, durante parte da phase da instrucção do processo, não lhe póde retirar o direito ao beneficio legal (*Acc. da 1.<sup>a</sup> Cam. da Côrte de App.*, de 27 de jan. de 1928).

XVII, — Nega-se ao delinquente que revelou caracter perverso ou corrompido na pratica do delicto, não obstante o reconhecimento do exemplar comportamento anterior. A jurisprudencia da Côrte de Appellação tem sustentado que, para tanto, basta a ausencia de antecedentes judiciais, e, quando mesmo provada ficasse uma conducta modelar, anterior ao crime, não apagaría nunca o caracter corrompido ou perverso revelado na pratica do delicto. Só deante da prova completa dos requisitos exigidos para a concessão póde ser definido o *sursis* por meio de *habeas-corpus* (*Acc. da 1.<sup>a</sup> Cam. da Côrte de App.*, de 4 de maio de 1928).

XVIII. — O decr. n. 16.588, de 6 de set. de 1924 permite a concessão do *sursis* quando reunidos os tres seguintes requisitos : a) primeira condemnação; b) pena de multa conversivel em prisão ou prisão de qualquer natureza até um anno; c) que o accusado não tenha revelado caracter perverso ou corrompido. Determina ainda a lei que o Juiz ou Tribunal tome em consideração as condições individuaes e os motivos que cercaram a infracção da lei penal. Uma unica excepção foi aberta na lei, a do art. 5.<sup>o</sup> referente aos crimes contra a honra e boa fama e contra a honra e honestidade das familias. Para aceitar ou não a existencia do terceiro requisito, carece o Juiz estudar em conjuncto os elementos varios que concorrem para a formação da mentalidade do accusado, sem esquecer as circumstancias do tempo e logar do delicto, e bem assim a acção das necessidades physiologicas, psychologicas, psycho-sociaes e ainda a acção dos estados emotivos. Delictos perfeitamente eguaes em face da classificação da lei penal podem revelar criminosos completamente differentes na classificação, que se pretenda fazer, quanto á corrupção ou perversidade do caracter. Tem-se em vista, pois, não o crime mas o criminoso. Por isso mesmo “a lei deixou ao criterio do Juiz a apreciação das circumstancias que revelam o caracter perverso ou corrompido do delinquente (*Sent. do Juiz da 1.<sup>a</sup> Vara Crim.* conf. pela 1.<sup>a</sup> Cam. da Côrte de App. acc. de 13 de set. de 1927, *Arch. Jud.* II, 21). E tal valor foi dado á conclusão firmada pelo magistrado que “para que o beneficio do *sursis* possa ser concedido por meio do *habeas-corpus* é indispensavel que, pela prova completa dos requisitos exigidos para a concessão, se demonstre a illegalidade manifesta da denegação por abuso de poder da parte do juiz da execução (*S. T. Fed.*, acc. de 13 de julho de 1925, *Arch. Jud.* II, 5). Preciso se torna egualmente, na hypothese contraria, do recurso visar a annullação do

*sursis* já concedido, a prova completa de que o juiz exorbitou, não reconhecendo a *revelação do character perverso* ou *corrompido*. Trata-se, no caso concreto, de um droguista, que vendeu substancia toxica entorpecente a um viciado. E' um profissional, não resta duvida, mas um profissional do commercio : é um commerciante, para cuja habilitação a lei e os regulamentos não exigem determinada ordem de conhecimento. Fosse o accusado diplomado em pharmacia ou em medicina e, por conhecer os efeitos aniquilantes do toxico vendido, teria, só com a venda dsssa substancia, para outros fins que não fossem os therapeuticos ou de pesquisa, revelado desde logo a perversidade e a corrupção do character. Assim o comprehendeu a Camara dos Deputados, inspirando-se nos pareceres das commissões de Justiça e Saude Publica. O projecto sobre toxicos e entorpecentes, actualmente no Senado, estabelece que : “se o infractor exercer profissão ou arte, que tenha servido para a pratica ou simples facilitação da infracção, além das penas supra indicadas (de um a cinco annos de prisão e multa de um a cinco contos) soffrerá a de suspensão do exercicio da arte ou profissão por seis mezes a dois annos.” O mesmo não foi proposto em relação ao pharmaceutico ou ao medico, a cujo delicto não se estenderá a lei do *sursis* em face da penalidade minima ali fixada. Assim é que “sendo pharmaceutico o infractor, as penas serão de 2 a 5 annos de prisão celllular, multa de dois a seis contos de réis, além da suspensão do exercicio da profissão por 3 a 7 annos” e “sendo medico o infractor, pena de 3 a 10 annos de prisão celllular, multa de 3 a 10 contos de réis, além da suspensão do exercicio da profissão por 4 a 11 annos.” E' que a profissão do pharmaceutico ou de medico — comprovando desde logo o conhecimento dos males decorrentes da absorpção dos toxicos, revela o character do accusado, incompativel com a concessão do beneficio legal. Não é sem proposito accentuar que a suspensão da execução da pena não importa a reforma da sentença condemnatoria : essa permanece de pé, para ser excecutada na reincidencia, quando verificada dentro do prazo de 2 annos, e impedir depois desse prazo, a concessão do mesmo favor. “As estatisticas francezas mostram que a diminuição da reincidencia coincide com a applicação cada vez mais generalisada da lei de 21 de março de 1921, sobre o *sursis*, cuja habil e salutar clemencia torna a ameaça da prisão mais efficaz, innumeradas vezes, que a sua execução (GARRAUD, *Dir. Pen. Franc.*, vol. I, pag. 27). (Acc. da 1.<sup>a</sup> Cam. da Côte de App., de 17 de julho de 1928

XIX. — Mesmo quando reincidente, a lei faculta, em caso de contravenção, que ao contraventor seja concedida a suspensão da condemnação, desde que não revele elle vicio. O recorrente foi condemnado como vendedor do denominado jogo dos bichos, mas a jurisprudencia do Supremo Tribunal e desta Côte tem estabelecido que

o vendedor de tal jogo não deve ser tido como viciado (*Acc. da 1.<sup>a</sup> Cam. da Côte de App.*, de 15 de fev. de 1929).

#### SOBRE O LIVRAMENTO CONDICIONAL

XX. — Nos termos do decr. n. 16.665, de 6 de novembro de 1924, para a concessão do livramento condicional não basta o cumprimento de mais da metade da pena imposta, por tempo não menor de quatro annos, mas é também indispensavel que, durante o tempo da prisão, o condemnado tenha tido procedimento indicativo da sua regeneração. Esse proceder, para ser assim qualificado, não se afere pela inactividade de quem se encontra reduzido pela força a não praticar actos maus ou contrarios á lei penal, mas ha de resultar inequivoco de actos espontaneos que traduzem um arrependimento sincero do maí practicto e uma vontade firme de se tornar um individuo util e sociavel. São demonstraões desse proposito : — a sujeição á disciplina carceraria, a observação das prescripções regulamentares, a resignação ao cumprimento da pena, o amor pelo trabalho, a prestação voluntaria de serviços externos ou de utilidade publica e tantas outras manifestaões sadias de proposito bem-fazejo que possam recommendal-o á admiração, ao respeito e á sympathia dos companheiros de presidio e á justiça dos seus directores. Esse conjuncto de elementos constatados, sem solução de continuidade, são os principaes, senão os unicos que permitem a apreciação da indole do preso e fazer presumir, tanto quanto possível, a modificação do seu character e da sua natureza psychica e anthropologica (*Acc. do S. T. Fed.*, de 12 de abril de 1926).

XXI.— A fãita de pagamento das custas do processo, no praso assignado, determina a revogação do livramento condicional, sujeitando o liberado a regressar á prisão, salvo o caso de sua insolvencia devidamente provada (Decr. 16.665, de 6 de nov. de 1924, art. 10) (*Ac. do S. T. Fed.*, de 9 de maio de 1927).

XXII. — E m caso algum o livramento condicional poderá ser concedido por acto de qualquer autoridade administrativa (decreto 16.665, de 1924, art. 12); é bem de ver que á competente e não á outra, deve ser dirigido o pedido para sua obtenção. Não se tratando de providencias a serem promovidas para verificar a conveniencia de tal beneficio (decr. 16.665, art. 3.º, n. 1), o requerimento de concessão ha de ser endereçado ao Juiz ou Presidente do Tribunal perante o qual houver sido realisado o julgamento em primeira instancia, ou ao juiz das execuções criminaes, onde houver (decreto citado, art. 8). A prohibição de dirigil-o ao presidente do Conselho Penitenciario não resulta, absolutamente, dos termos do n. 1, do art. 8, do alludido decr. 16.665, de 1924, porquanto essa disposição combinada com a parte final do n. 1 do art. 3, apenas

lhe permite encaminhar, isto é, dirigir dito pedido por officio áquelles juizes, quando formulado por iniciativa propria do mesmo Conselho, devendo, então, ser instruido com as cópias da acta de sua deliberação e do relatorio informativo (*Accórdão do Supremo Tribunal Federal*, de 17 de outubro de 1927).

XXIII. — Para os efeitos do livramento condicional, é de se ter em vista tão sómente a pena principal de prisão ou de reclusão, sem qualquer augmento, ainda quando o regimen cellullar deixasse de ser observado por falta de vaga na Casa de Correção, local destinado ao seu cumprimento, ou por qualquer motivo alheio á vontade do réo. A quantidade da pena restrictiva da liberdade necessaria para ter logar o livramento condicional é a fixada na sentença condemnatoria. Para esse effeito não póde ser augmentado o tempo de prisão em que se converteu a multa pela falta de um pagamento pelo réo condemnado (*Accórdam do Supremo Tribunal Federal*, de 12 de setembro de 1928).

XXIV. — Da concessão do livramento condicional cabe recurso ordinario, com effeito suspensivo (decr. 16.665, de 1924, art. 8, § 2.º). Da denegação, não é licito recorrer ordinariamente. E como é a liberdade physica que está em causa, continuando o condemnado na prisão, por lhe ter sido recusado o livramento condicional, com razão se ha permittido com assento em o art. 72, § 22, da Constituição da Republica, o uso do *habeas-corpus* como o unico remedio idoneo para o paciente obter o beneficio da lei, se provada a concorrência de todas as condições leaes para a concessão desse beneficio. Assim tambem é quanto ao *sursis* (*Accórdão do Supremo Tribunal Federal*, de 19 de agosto de 1929).

XXV. — Dos termos dos arts. 1.º e 4.º, do decr. 16.665, de 6 de novembro de 1924, decorre como condições necessarias para o deferimento do livramento condicional, que: *a*) a pena restrictiva da liberdade não seja menor de quatro annos; *b*) o condemnado tenha cumprido, pelo menos, dois terços de tal penalidade, quando não se encontrar em penitenciaria agricola ou empregado em serviços externos de utilidade publica, por motivo independente da sua vontade; *c*) as circunstancias peculiares á infracção da lei penal não desautorizam apreciação favoravel sobre sua indole; *d*) o character do agente, tanto nos antecedentes como na pratica delictuosa, possa autorizar conclusões com respeito á sua natureza psychica e antropologica; *e*) seja bom o proceder na prisão, manifestando o liberando docilidade ao regimen, aptidão para o trabalho, sem repudiar as relações com os companheiros e funcionarios do estabelecimento penitenciario. Nessas investigações devem ser examinadas, por equal, as relações affectivas do sentenciado (familia e amigos); a sua situação economica, profissional e intellectual; seus pro-

jectos para depois do livramento, especialmente com referencia ao futuro meio de vida. Preenchidas essas condições, deve ser concedido o livramento condicional, e, quando negado, cabe o recurso do *habeas-corpus* (*Accórdão do Supremo Tribunal Federal*, de 10 de janeiro de 1930).

XXVI. — Os requisitos para o livramento condicional são os seguintes: I — Cumprimento pelo menos da metade da pena; II — Ter tido o condemnado, durante o tempo da prisão, bom comportamento indicativo da sua regeneração; III — Ter cumprido, pelo menos, uma quarta parte da pena, em penitenciaria agricola ou em serviços externos de utilidade publica. E' fóra de duvida haver o réo satisfeito o primeiro requisito e para proval-o basta a leitura da certidão de fls. da qual consta ter elle cumprido oito annos, dez mezes e treze dias, portanto mais de metade da pena que lhe foi imposta. O segundo requisito é demonstrado de modo eloquente pelo doc. de fls. corroborativo do seu exemplar procedimento no presidio, durante o largo tempo de sua reclusão. Quanto ao terceiro e ultimo requisito, o director da Casa de Correção declara que "o liberando tem trabalhado como pintor durante a maior parte do tempo em que se acha preso, ou melhor, durante quasi todo o tempo da sua permanencia na penitenciaria, em serviços externos de utilidade publica, fóra das muralhas, pintando as casas de residencia do director, do ajudante, de empregados, a secretaria, o edificio em que está alojado o destacamento policial, os depositos de material, as muralhas, pinturas essas de que elle é encarregado de conservar. Nestas condições, se verificam no caso em apreço todos os requisitos que a lei estabelece para a concessão do livramento condicional, sendo assim evidente a illegalidade do despacho que indeferiu o pedido do paciente, sob o fundamento de que o emprego em serviço externo de utilidade publica presuppõe a transferencia do sentenciado para fóra da Casa de Correção, num regimen diverso daquelle que alli é observado. A lei não faz absolutamente a distincção restrictiva em que se apoia o dr. juiz para indeferir o pedido do paciente. O que a lei declara é tão sómente que para a concessão do livramento condicional se faz mistér que o condemnado tenha cumprido, pelo menos, uma quarta parte da pena, em penitenciaria agricola ou em serviço externo de utilidade publica e não se póde deixar de considerar como "serviço externo de utilidade publica", na extensão lata da expressão, aquelle que é feito fóra das officinas e das muralhas da penitenciaria, em obras publicas que interessam o patrimonio nacional (*Accórdão da 3.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação*, de 3 de junho de 1925).

XXVII. — Em face das disposições dos arts. 16, 17 e 18, do decreto 16.665, de 6 de novembro de 1924, o liberando condicional,

se houvesse infringido as condições que lhe foram impostas na sentença que lhe concedeu o benefício, devia ser detido pelo director da Casa de Correção, estabelecimento penal de onde sahiu, até ulterior deliberação do Conselho Penitenciario. Esse Conselho, conhecendo do facto por communicação daquelle funcionario, devia verificar se as faltas attribuidas ao paciente foram, na realidade, commettidas ou não, e se eram ou não graves. No caso de existencia de faltas graves, representar ao juiz competente, pedindo a revogação do beneficio concedido e a volta do paciente á prisão; no caso contrario, corria-lhe o dever de tomar as providencias que fossem precisas para a regularidade de situação do liberado.

O juiz não pôde agir em taes casos senão mediante provocação do Conselho Penitenciario, que é o primeiro julgador das faltas attribuidas aos liberados, no que entende com as condições estabelecidas na sentença, devendo decidir a respeito da procedencia e da gravidade dos factos imputados.

Apenas no caso do art. 19, do referido decreto, tem a autoridade judiciaria a iniciativa, e isso porque o facto ahi previsto como determinante de revogação (o haver praticado nova infracção penal) escapa á vigilancia do director do estabelecimento penal — vigilancia restricta aos casos mencionados no art. 17 — e por esse motivo não chega ao conhecimento do Conselho. Mas ainda nessa hypothese, aquelle mesmo dispositivo legal o obriga a ouvir o Conselho, cuja intervenção é assim necessaria em qualquer hypothese. Na especie, tendo chegado, por outros meios differentes, ao conhecimento do juiz o facto de haver o paciente deixado de observar as condições impostas na sentença que lhe concedeu o beneficio legal, devia essa autoridade, considerando as attribuições do Conselho Penitenciario, entre as quaes está a de apreciar em primeiro logar a imputação feita, chamar a sua attenção, ordenar que lhe fossem remettidos os meios de elucidação por ventura fornecidos e aguardar a representação legal para, só então, decidir. Assim não procedeu o juiz e, prescindindo da manifestação do Conselho, formou “ex-officio” o processo e decretou a revogação do livramento condicional concedido ao paciente, ordenou sua prisão e seu recolhimento á Casa de Correção para cumprimento da pena a que fôra condemnado. Nullos são o processo e a decisão proferida, pela preterição de uma formalidade substancial, e illegal a ordem de prisão expedida (*Accórdão da 3.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação*, de 16 de junho de 1926).

XXVIII. — A demora do despacho do pedido de livramento condicional, quando justificada por diligencias determinadas pelo respectivo juiz, não constitue constrangimento illegal (*Accórdão da 1.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação*, de 18 de junho de 1927).

XXIX. — A gravidade do delicto praticado pelo liberando não deve ser levada em conta; o juiz deve apenas apurar se as condições legais — indícios de regeneração e outras se verificam na hypothese. Compete ao juiz da execução e não ao tribunal do recurso, estabelecer as condições mediante as quaes é concedido o livramento (*Accórdam da 1.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellaçõs*, de 13 de janeiro de 1928).

XXX. — Concede-se por *habeas-corpus* ao paciente, que reúne as condições estabelecidas no art. 581, do Código de Processo Penal. Não são mais de apreciar os máus precedentes quando, já apreciados por ocasião do julgamento, influíram na aggravação da pena (*Accórdão da 1.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação*, de 11 de maio de 1928).

XXXI. — O procedimento indicativo da regeneração do condemnado deve ser constante, durante todo o tempo de prisão, de maneira que, em havendo substituição do director do presidio, os relatorios dos directores se completem, uns pelos outros, e se devem ligar na attestação daquelle requisito necessario ao livramento condicional (*Accórdão da 1.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação*, de 24 de agosto de 1928).

XXXII. — O decr. 16.665, de 6 de novembro de 1924 só permite a concessão do livramento condicional aos condemnados a penas restrictivas da liberdade por tempo não menor de quatro annos de prisão de qualquer natureza desde que se verifiquem certas condições que estabelece (art. 1.<sup>o</sup>). A pena deve ser unica, maior de quatro annos de prisão, ou seja imposta pela sentença de condemnação ou resulte da sentença de unificação das differentes sancções penaes em que incidiu o réo, nos casos legalmente autorizados. Os condemnados a penas differentes, por crimes tambem differentes, devem cumprir as penas uma após outra, successivamente e não englobadamente. Se essas penas são menores de 4 annos, não é possível a concessão do livramento condicional ainda que, na sua somma, sejam superiores e reúna o condemnado os demais requisitos estabelecidos para a obtenção do beneficio (*Accórdão da 1.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação*, de 13 de novembro de 1928).

XXXIII. — A concessão do livramento condicional não é uma resultante automatica do pedido; depende de juizo autorizado pelas provas de regeneração, que não decorrem sómente de uma certidão negativa ou de uma folha de antecedentes sem nota de culpa, mas exigem actos positivos de significação moral inequivoca, testemunhas de emenda e reforma de costumes, que hão de ser demonstrados ao juiz da sentença pelo condemnado. O livramento condicional

não pôde ser directamente concedido pelo juiz da condemnação e tem o seu logar marcado por lei nos proprios autos do processo crime em que se pronunciou a sentença condemnatoria (*Accórdão do Tribunal da Relação de Minas Geraes*, de 11 de novembro de 1927).

XXXIV. — O Conselho Penitenciario tem competencia para assumir a iniciativa do pedido de livramento condicional. Negado pelo juiz o favor legal, e não tendo sido instituido na lei recurso para esse caso, a situação do sentenciado só pôde ser resolvida por um remedio extraordinario, que ponha termo ao constrangimento que elle está soffrendo. Esse remedio especifico é o *habeas-corporis*. O Conselho tem incontestavel competencia, decorrente de sua função material e outorgada por lei expressa, para assumir a iniciativa que se arrogou. E ninguem mais competente do que elle, que é a voz legal dos interesses dos sentenciados, junto aos poderes administrativo e judiciario, para reclamar as medidas de protecção e de justiça de que elles sejam merecedores (*Accórdão do Tribunal da Relação de Minas Geraes*, de 10 de abril de 1928).

XXXV. — O parecer do Conselho Penitenciario não é imperativo. O juiz, a quem a lei attribue a função de outorgar o livramento, nos casos justos, pôde, pelo exame dos autos, proferir decisão em conflicto com aquelle parecer (*Accórdão do Tribunal da Relação de Minas Geraes*, de 19 de junho de 1928).

#### RECLUSÃO

424. — No art. 47 declara o codigo que “a pena de *reclusão* será cumprida em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares.” Esta pena é applicavel sómente ás especies de crimes *politicos*, previstas nos arts. 107, 108, 109, 111 e 115. Não se prescreve regimen especial, pelo que deve vigorar o imperante nos logares onde a pena deve ser cumprida. Assim, como effeito especial dessa pena, diz JOÃO VIEIRA, pareec ser que o condemnado não está sujeito a trabalho algum, não só porque tal obrigação não se infere de nenhũa disposição do codigo penal, como porque os logares onde é cumprida, por sua mesma natureza sujeitos aos regulamentos militares impediriam a organização de trabalho penitenciario nas condições do art. 53, isto é, mais ou menos adaptado ao estado dos reculsos.” O codigo não foi, porém, coherente, sujeitando á pena de reclusão sómente os crimes *politicos* nos citados artigos, porque além desses, são tambem da mesma natureza e fins *politicos* os crimes previstos nos arts. 87 a 127 e os crimes contra o exercicio dos direitos *politicos* em eleições federaes, ou referentes ao alistamento e processo eleitoral federal.

Sujeitando todos os crimes *politicos* a uma mesma pena, com o nome de *prisão de Estado*, vemos o codigo hungaro, arts. 20, n. 3.

e 35. A diversidade de tratamento penal entre o delinquente comum e o delinquente político advem da diversidade do movimento da acção delictuosa, bem como da categoria dos agentes.

E desde que o motivo do crime, como indice em regra da personalidade, deve determinar a qualidade de pena, e regimen correspondente, bem avisado andaria o legislador creando as *penas parallelas*, a exemplo dos codigos italiano, hungaro, hollandez e outros, isto é, penas que podendo ser iguaes em duração, distinguem-se, quanto á sua natureza e regimen, uma sem caracter deshonroso, sob regimen brando (*custodia honesta, detenção ou sequestração*) para os delinquentes que agiram sob motivo social ou sem perversidade, como os delinquentes politicos; ou passionaes, os culposos, outra com caracter deshonroso, sob regimen rigoroso, para os delinquentes que cederam a motivos ignobeis, egoisticos. distincção que devia ser relacionada com as circunstancias materiaes da execução do crime, e dest'arte fazendo, pela diversidade de pena, a distincção que a opinião publica faz entre os delinquentes.

Effectivamente, ninguem confunde o que em desaffronta de grave injuria ou outro motivo de ordem semelhante, commette um delicto, com aquelle que cedendo á cubiça mata ou fere, ou com aquelle que reitera os golpes por requintada maldade, assiste impassivel aos soffrimentos a que submete a victima, profana e flagella o seu cadaver, etc. Esta distincção que se desenha nitida na consciencia publica, responde á objecção adduzida contra as penas parallelas, quando diz que todo o crime deshonra, além de que distinguindo as penas segundo o caracter deshonroso ou não, se tem em vista não a gravidade de delicto, mas o motivo determinante combinado com a categoria do delinquente. A adopção das penas parallelas seria um grande passo em favor de um criterio melhor e mais seguro para a repressão criminal.

#### PRISÃO CORRECCIONAL

125. — Enumerando no art. 43, letra *d*, como especie de pena privativa da liberdade pessoal, a *prisão com trabalho obrigatorio*, o codigo declara que “será cumprida em penitenciarías agricolas ou em presidios militares (art. 48).”

No *Relatorio do Ministro da Justiça*, de 1891, se destacam os delinquentes visados por essa pena, a saber: “os ociosos e vagabundos incorrigiveis pelos meios ordinarios.”

Dahi porque vemol-a applicada aos mendigos validos (art. 393), aos vadios quando infractores do termo de tomar occupação (artigo 400) e aos capoeiras reincidentes (art. 403).

Esta pena não subsiste mais, sendo substituida pela pena de prisão correccional, cumprida em colonias fundadas pela União ou pelos Estados, pena que visa a correccão pelo trabalho e instrucção,

dos vadios, mendigos validos, capoeiras e desordeiros, segundo dispõem o decr. n. 145, de 12 de julho de 1893, arts. 1, 4 e 9, e Lei n. 947, de 29 de dezembro de 1902, art. 1, n. IV, e art. 12.

A falta de clareza e precisa coordenação destes actos com as disposições do código penal, déram logar a duvidas sobre sua intelligencia, especialmente porque visando o decreto a criação de uma colonia penitenciaria no Districto Federal, e a lei a reforma do seu serviço policial, parece sómente applicaveis á essa circumscripção. Tendo-se, porém, em vista que as modificações trazidas ao código no tocante á penalidade e respectivo regimen são derogações de uma lei substantiva ou nacional, una em todo o paiz, é de ver que não podem ter o effeito obrigatorio tão sómente no Districto Federal, do contraric estabelecer-se-ia flagrante desigualdade entre os habitantes do paiz, contravindo a Constituição Federal. Isto mésmo resalta do decr. n. 145, porquanto no art. 9 estabelece que “os Estados poderão fundar, á sua custa, colonias correccionaes agricolas, na conformidade das disposições do mesmo decreto, correndo sómente a despeza por conta da União, quando nas leis annuas se votar verba especial para ellas.”

Dahi porque no Estado de São Paulo se creou a Colonia Correccional da Ilha dos Porcos, consolidando o decr. n. 1.490, de 18 de julho de 1907, a legislação sobre os processos policiaes, recolhimento de menores ao Instituto Disciplinar e internação na referida colonia.

Dahi porque no Estado de Minas Geraes, o decr. n. 4.561, de 24 de abril de 1916, enumera, entre as attribuições conferidas aos juizes municipaes, a de “julgar os processos para a internação de individuos nas colonias correccionaes (art. 256, n. XXI).

O regimen penal creado pelo decr. n. 145, de 1893, não é celular, entregues os reclusos a trabalho não só agricola, como tambem fabril ou profissional, de modo a serem aproveitadas as aptidões e serviços dos condemnados, tendo-se em consideração o sexo e a idade (art. 4).

Coordenando as disposições desse decreto e Lei n. 947, de 1902, com as do Código Penal, chegamos ao resultado de que a pena correccional é applicavel, pela primeira infracção, entre os limites do minimo e maximo de seis mezes a dois annos de residencia na colonia: 1.º) aos individuos maiores de qualquer sexo que, sem meios de subsistencia por fortuna propria ou profissão, arte, officio, occupação legal e honesta em que ganhem a vida, vagarem na ociosidade. São os vadios de que se occupa o art. 399, do Código Penal, cuja qualificação soffreu assim modificação, além da penalidade. 2.º) Aos que, por habito, andarem armados em correrias provocando tumultos e incutindo terror, quer aproveitando o movimento da população em festas e solemnidades publicas, quer em manifestações de regosijo e reuniões populares ou em outras quaesquer cir-

cumstancias. São os desordeiros e capoeiras do art. 402 do Código Penal. 3.º) Aos que se sustentam do jogo (Código Penal, art. 374). Os mendigos validos (Código Penal, arts. 391 e 393), serão condemnados pela primeira infracção nas penas do art. 399, do Código Penal, obrigados, além disso, como os outros, a assignar termo de tomar occupação, *ex-vi* do disposto na citada lei, art. 9.

A pena de prisão correccional é applicada de um a tres annos aos vadios, mendigos validos, capoeiras e desordeiros, e incursos na infracção do art. 374, do Código Penal, quando reincidentes, salvo se forem estrangeiros e não residentes no Brazil, caso em que serão deportados.

Como effeito especial dessa pena é de notar que, imposta ao mendigo, se extingue se o condemnado provar superveniente acquisição de renda bastante para sua subsistencia, e fica suspensa se apresentar fiador idoneo que por elle se obrigue.

#### PRISÃO DISCIPLINAR

426. — Segundo o art. 49 do código, esta pena será cumprida em estabelecimentos industriaes especiaes, onde serão recolhidos os menores até á idade de 21 annos.

Segundo o art. 30, é applicavel aos maiores de 9 annos e menores de 14 que tiverem obrado com discernimento, comtanto, que o recolhimento não exceda a idade de 17 annos, e segundo o art. 399, § 2.º, aos vadios maiores de 14 annos, que no estabelecimento poderão ser conservados até á idade de 21 annos.

O assumpto é, porém, regulado hoje por outros dispositivos legais, condensados no Código de Menores (vide n. 226). Este código presuppõe a existencia de estabelecimentos de diversas categorias para a internação e tratamento de menores abandonados e delinquentes, como sejam:

- a) asylos ou casas de educação communs;
- b) abrigos provisorios;
- c) estabelecimentos medico-pedagogicos para menores que sofram de alienação ou deficiencia mental, epilepsia, surdo-mudez, cegueira, etc.;
- d) escolas de preservação;
- e) escolas de reforma;
- f) prisões para determinados menores.

Entretanto, tudo está por se realisar, não se podendo prevêr mesmo o que vingará a respeito, dada a situação do paiz. Provienciou, porém, o citado Código de Menores sobre a situação actual e relativamente aos delinquentes, estatuinto no art. 87:

“Em falta de estabelecimentos apropriados á execução  
“do regimen creado pelo Código de Menores, os de 14 a

“18 annos sentenciados á internação na escola de reforma  
“serão recolhidos a prisões communs, porém seperados dos  
“condemnados maiores, e sujeitos ao regimen adequado —  
“disciplinar e educativo, em vez de penitenciario.”

127. — Além dos effeitos peculiares ás especies de penas privativas da liberdade pessoal, adoptadas pelo codigo, e que temos apreciado, ha ainda effeitos que são communs a todas essas penas, constantes dos arts. 53, 54, 60, 66, § 4.º, e 68, que analysaremos na ordem devida.

No art. 69, ainda se consideram outros effeitos penaes, mas não peculiares ás penas de prisão, e sim communs ás diversas penas.

No art. 53 estabelece o codigo que “ao condemnado será dado, nos estabelecimentos onde tiver de cumprir a pena, trabalho adaptado ás suas habilitações e precedentes occupaões.”

Criticando esta disposição, que reputa injustificavel e exdruxula, JOÃO VIEIRA nota que o legislador não teve em conta o trabalho como é feito na reclusão, a que se equipara a prisão celllular, que estabeleceu, e o realisado na detenção ou custodia honesta, destinada a presos politicos ou que não tenham revelado perversidade.

Depois, se o condemnado á prisão celllular só trabalhar conforme suas habilitações e precedentes occupaões, muitos não trabalharão porque nunca o fizeram, ou não podem fazel-o por não haver a tal especie precedente de occupaão. O jornalista escreverá artigos? O banqueiro como realisará as suas operaões? Isto é simplesmente illusorio e os codigos não o permittem, nem com relação á pena de detenção.

Seria reproduzir no carcere as desigualdades da vida social; desmoralisando a repressão com a distincção entre os plebeus e os aristocratas do vicio e do crime.” Effectivamente, o trabalho é hoje reputado elemento integrante de qualquer regimen penitenciario, como elemento util ao proprio condemnado e sua familia, bem como ao Estado, e ainda como preceito hygienico e meio moralisador do criminoso.

Deve, pois, ser imposto aos presos, como meio de saude physica e moral, e torna-se necessario como elemento de ordem.

Nestas condições, é inelutavel que, constituindo uma especie de remedio para o organismo doentio e contaminado, a escolha desse remedio não deve ser deixada ao proprio doente, porém, ao medico, que vem a ser a administração penitenciaria.

A essa regra duas excepções offereceu o douto penitenciarista MESTCHNINOW, em relatorio apresentado ao 5.º Congresso Penitenciarario Internacional, reunido em Pariz, em 1905: uma referente ás penas de curta duração, outra á custodia honesta, casos em os quaes devia ser facultado ao condemnado escolher o genero de trabalho mais conducente ás suas aptidões. E’ referindo-se a este ultimo caso,

que o código italiano estabelece que o condenado pôde escolher, entre as espécies de trabalho admittidas no estabelecimento em que fôr recolhido aquella que fôr mais adequada ás suas aptidões e precedentes occupaões, podendo ser permittida tambem especie diversa de trabalho. Igual faculdade não é concedida ao condenado á reclusão (art. 13).

Segundo o código allemão, o condenado a encarceramento pôde ser empregado em trabalhos que se achem em relação com as suas aptidões e com a sua condição, e deve ser empregado deste modo, se o pedir, o mesmo não se verificando com os condemnados á reclusão (arts. 15 e 16), vedado sendo o trabalho obrigatorio em fortalezas (art. 17), só admissivel em casos exceptionaes na detenção (arts. 361 e 362, com relação a vagabundos, mendigos, vadios e preguiçosos, prostitutas e individuos sem occupaão).

Ora, essa distincção de trabalho e sua adopção obrigatoria ou facultativa, conforme o regimen penal, foi olvidada pelo nosso legislador no art. 53, disposição que só poderia ter cabida em se tratando de custodia honesta, que, entretanto, não figura no quadro penal por elle organizado. De facto, uma vez que *deve ser dado* ao condenado trabalho adaptado ás suas habilitaões e precedentes occupaões, outorga-se-lhe *direito* de reclamar o que estiver nestas condições, está bem visto, uma vez que esteja prescripto no regulamento do estabelecimento. “Se no estabelecimento, diz ESCOREL, houver trabalho para o qual o condenado tenha habilitaões e no qual já se occupava, antes da condemnaão, *outro* trabalho não lhe deve ser dado.” Não estando prescripto o trabalho no regulamento, ou não tendo o condemnado precedente occupaão, é que cabe á administração do estabelecimento determinar-lhe o que deva ser feito.

428. — No art. 54 estabelece o código que “a pena pôde ser cumprida em qualquer estabelecimento especial, ainda que não seja no lugar do domicilio do condemnado”. Para que a pena possa produzir seu effeito exemplar, é claro que deve ser executada no lugar do delicto, ou quando não fôr possível, no lugar da residencia do réo. O código anterior previo muito bem este ponto no art. 48, estatuinto que a execução se faria na maior proximidade que fosse dos logares dos delictos, exceptuando apenas, e por motivo de conveniencia do serviço publico, o caso de prisão simples que durasse de seis mezes, porque, então, seria executada em prisão que houvesse no lugar da residencia do réo, ou em *regime* próprio.

O regimen cellular adoptado pelo código vigente demandando numerosos estabelecimentos, seu numero devia ser restricto, e em face deste motivo de ordem economica, permittiu que a pena pudesse ser cumprida em qualquer estabelecimento. “*ainda que não seja no lugar do domicilio do con-*

*demnado*”, ou do crime, devia ter dito mais, visto nem sempre coincidirem um e outro desses logares.

Ainda levado pelo mesmo motivo é que, providenciando sobre o caso de não ter recebido inteira execução o systema penitenciario instituido, permittiu que a conversão da prisão cellular em prisão com trabalho se effectuasse nos estabelecimentos penitenciarios existentes, e nos logares em que os não houvesse, a conversão seria em prisão simples com augmento da sexta parte do tempo, que podia ser cumprida fóra do logar do crime ou do domicilio do condemnado, si nelle não existissem casos de prisão commodas e seguras, devendo o juiz designar na sentença o logar onde a pena teria de ser cumprida (art. 409).

Tratando-se de penas de prisão, por crimes sujeitos á jurisdicção federal, determina o decr. n. 3.084, de 5 de novembro de 1898, 2.<sup>a</sup> parte, art. 380, “que serão cumpridas nos estabelecimentos da União e, onde não os houver, nos estabelecimentos dos Estados, mediante annuencia dos respectivos governos, e de accôrdo com as prescripções contidas no liv. I, tit. V, do Codigo Penal.

#### INTERDICÇÃO LEGAL

429. — Em face do art. 55, parece que a interdicção é um *effeito* da pena cellular excedente de 6 annos, e não uma pena propriamente dita; mas ante o art. 43, letra *j*, não podemos deixar de consideral-a como uma *pena*, e *pena accessoria*, por isso que nella incorre *ope legis*, de pleno direito, o que fôr condemnado á pena cellular maior de 6 annos (n. 411).

O nosso codigo, innovando neste ponto o anterior, admite a restricção da capacidade juridica, como pena accessoria da pena de prisão cellular excedente de seis annos. Como a degradação civica, do codigo penal francez, é indivisivel, e comprehende a privação dos direitos publicos e de familia; como a destituição, do codigo penal belga, age *de presente*, despojando o condemnado de direitos e dignidades, e diverge do codigo italiano, cuja dicção, aliás mantém geralmente, em não comprehender tambem *effeito futuro*, a perda da capacidade para adquirir qualquer direito, emprego ou officio ou titulos.

O instituto, segundo o art. 55, comprehende:

- a) suspensão de todos os direitos politicos;
- b) perda de todo officio electivo, temporario ou vitalicio, emprego publico da Nação ou dos Estados e das respectivas honras ou vencimentos; -
- c) perda de todas as dignidades, condecorações honrarías e honrarías;
- d) perda de todos os munus publicos.”

Contra essa pena allega-se que é *desigual*, porque a destituição de todos os empregos publicos, se pode

para certos condemnados, são penas nominaes para outros; *incommoiz*, porque concede muitas vezes dispensa onde devia haver a obrigação; é *prejudicial* a terceiros, porque, despojando o condemnado da aptidão legal para ser perito, testemunha, fere em realidade aqueles que tinham necessidade de uma assistencia. Estes deficientes, diz GARRAUD, poderiam ser removidos em parte, tornando a interdicção ou degradação uma pena *complementar* e *diversificando*, assegurando-se-lhe assim a elasticidade propria a um castigo personal, a interdicção dos direitos civicos, civis, e de familia. Porém, tem sido a pena da interdicção nos codigos modernos e por grande numero de tratadistas, considerando-se que as mais das funcções do cidadão não devem ser confiadas ao homem que se perdeu aos principios e virtudes, sem as quaes o exercicio de suas funcções se torna perigoso.

— Examinemos as modalidades que, segundo o nosso codigo, apresenta a interdicção legal.

1) *Suspensão de direitos politicos.* Chamam-se direitos politicos os que procedem da qualidade de nacional do Brazil e da capacidade politica, isto é, de *cidadão activo* ou de cidadão com os requisitos legais, e que permitem participar mais ou menos immediatamente do exercicio ou estabelecimento do poder politico.

São excluidos do gozo desses direitos os estrangeiros e os simples cidadãos. O codigo não delimita o tempo da suspensão dos direitos politicos; tem-se, porém, entendido, com apoio no art. 71 letra *b* da Constituição Federal, que a suspensão não póde protrahir-se além do tempo da pena principal.

2) *Perda de direitos publicos.* Nas letras *b*, *c* e *d* do art. 55, sempre o codigo os direitos publicos que perde o condemnado com a pena da interdicção. Temos em primeiro logar a perda do *officio*, *electivo*, temporario ou vitalicio, e do *emprego* da Nação ou dos Estados, com as respectivas vantagens e vencimentos.

Do ponto de vista doutrinario, diversos tratadistas de direito publico e administrativo consideram o *officio publico* como o organ do corpo do Estado, tendo sua missão publica peculiar, e conferindo ao respectivo funcionario um poder de determinação propria, na sua esfera de acção, o que, aliás não exclue a subordinação hierarchica.

A ideia de funcionario implica assim a de *autoridade* (*imperium* ou *jurisdictionis*) exercendo um dos direitos da soberania.

O *emprego publico* comprehende os serviços da administração publica, exercidos consoante determinação preestabelecida, sem conferir ao respectivo empregado autoridade ou direcção propria, mas em subordinação aos funcionarios competentes (BLUNTSCHLI).

Se examinarmos, diz KORKOUNOV, a organização das diversas instituições; verificamos que entre as pessoas que as compõem, umas

decidem precisamente qual deve ser a direcção a dar ao orgão de autoridade que lhes foi confiado, ao passo que outras apenas foram na obra da administração, e estão sob as ordens das primeiras.

Por outra, ao officio se prendem as *funções directas* ou *principaes*, com poder discrecionario por menor que seja a sua produção ao emprego se ligam as *funções indirectas* ou *auxiliares*, de menor execução (RIBAS). Muito embora a distincção assignalada em contradição em outros tratadistas (NEZARD, HAURIU, VIVIEROS DE CASTRO), e em nossa legislação a phraseologia não esteja bem assignalada, é a que se coaduna com a disposição do código.

O officio pôde ser *electivo*, *por vitalicio* ou *vitalicio*, como o emprego publico pôde ser *federal* ou *estadoal*, cuja perda acarreta a das respectivas vantagens e vencimentos. Em segundo lugar enumera o código como direitos publicos, abrangidos pela interdicção, os referentes a *dignidades*, *condecorações* e *distincções honorificas*. A Constituição Federal, art. 72 § 2.º, extinguiu as ordens honorificas existentes e todas as suas prerogativas e regalias, bem como os titulos nobiliarchicos e de conselho.

O Aviso de 23 de março de 1891, expedido pelo ministro do Interior, Dr. JOÃO BARBALHO, declarou que devia ser permitido o uso de titulos e condecorações, até que por acto interpretativo do poder competente o contrario fosse determinado. Em terceiro lugar menciona o código a *perda de todos os munus publicos*. *Munus publicum* é um encargo publico obrigatorio, deferido a alguém por autoridade competente, como os encargos de syndico, de depositario, de testamenteiro, de inventariante, de tutor, de curador, de avaliador, arbitrador, perito, etc.

O munus é publico porque aquelle que o exercita assume *inso facto*, uma autoridade ou poder que a lei lhe confere, e só por estes meios e disposições legais lhe podem ser tirados. Nota JOÃO VIEIRA que o código mutilou o instituto, supprimindo a perda de titulos academicos, que, pelas nossas leis, importam privilegios politicos e administrativos, e não são grãos puramente scientificos como na Allemanha e em outros paizes. Assim, o juiz condemnado a pena deshonrosa poderá, cumprida, ir advogar ante aquelles que o condemnaram". Entendemos, pelo que diz respeito á advocacia que não deixa de assumir o caracter de munus publico, e, assim, esta é comprehendida na disposição da letra *d* do art. 55.

Nota ainda JOÃO VIEIRA, e muito bem, que melhor redigido o art. 55, dispensados seriam os arts. 56 e 57 sobre a *perda e suspensão de emprego publico*, o que já tinha sido conseguido antes por ZANARDELLI, redigindo o seu projecto de código, penal-

#### PRIVAÇÃO DO EXERCICIO DE ARTE E PROFISSÃO

431. — No § unico do art. 55, refere-se o código incidentemente á pena de *privação do exercicio de arte e profissão*, não en-

aliás no art. 43, mas applicavel nos casos dos arts. 160 § 1.º, 209, 252 e §§, 300 e 302.

E' uma pena *complementar*, como já vimos (n. 411).

Na citada disposição do § unico do art. 55, se diz que "sempre que o codigo applicar, além da *pena corporal*, a da privação de exercicio de alguma arte ou profissão, esta pena só produzirá os efeitos depois de cumprida a *pena corporal*."

Ha nesta disposição um verdadeiro lapso de redacção, porque, por elementar, não é possivel que o legislador ignorasse o que seja *pena corporal*, que aliás não contemplou como sanção de infracção alguma. Effectivamente, dizem-se *corpóraes* as penas *afflictivas directas*, que actuam physicamente no condemnado, sem tirar-lhe a vida, como a marca, os açoites, contemplados no codigo anterior em relação aos escravos, etc.

Semilhante pena não é contemplada em disposição alguma do codigo. O legislador, servindo-se de technica impropria, quiz referir-se ás penas *afflictivas indirectas* ou *negativas*, que consistem na privação da liberdade pessoal, como são a prisão cellular e outras, e isto pelo constrangimento physico que acarretam. A pena da privação da arte ou profissão se limita á arte ou profissão a que se entregava o condemnado e em cujo exercicio commetteu o crime, e isto dizemos em face dos artigos citados em que se faz referencia á mesma pena, porquanto na parte geral nada dispõe o codigo a respeito, como nada dispõe sobre o modo da applicação da interdicção prevista no mesmo art. 55.

432. — O codigo ainda estabelece a privação do exercicio de outros direitos, como pena complementar. Assim, segundo o art. 273 § unico, além da pena de prisão cellular e da interdicção, o ascendente perderá todos os direitos que a lei confere sobre a pessoa e bens da offendida.

Segundo o art. 277 § unico, disposição mantida pela Lei n. 2992 de 25 de setembro de 1915, art. 1, se o crime de lenocinio fôr commettido pelas e contra as pessoas ali referidas, temos a perda dos direitos alli tambem referidos.

Art. 56. A pena de perda de emprego importa necessariamente a de todos os serviços e vantagens.

433. — E' disposição reproduzida do que dispunha o art. 59, primeira parte, do codigo anterior, com o acrescimo da expressão — *e vantagens*.

Não reproduz, porém, a segunda parte deste artigo que assim estatua: "Os réos que tiverem perdido os empregos por sentença, poderão ser providos por nova nomeação em outros da mesma ou diversa natureza, salvo havendo expressa declaração de inhabilidade."

Não reproduziu porque no art. 43, letra *g*, enumerando as penas de *suspensão e perda de emprego publico*, acrescentou: *com ou sem inhabilitação para exercer outro*. Assim, a pena de perda de emprego publico póde ser *simples* ou *aggravada* com a clausula de inhabilidade. Quando *simples* está em fazer com que o condemnado perca o serviço prestado ou vantagem conseguida no emprego que perde, isto é, não poderá levar tal serviço ou vantagem em conta para uma aposentadoria ou acesso: quando *aggravada* de inhabilidade, accresce além da perda de serviço a incompatibilidade para outro. Assim, se não houver declaração expressa de inhabilidade, o criminoso perde o cargo, em virtude da condemnação, mas poderá ser provido por nova nomeação em outros cargos, da mesma ou diversa natureza, federaes, estadoaes ou municipaes.

O mesmo não se dará quando houver declaração de inhabilidade, que póde ser perpetua ou temporaria, conforme os casos.

E' uma disposição que não se justifica absolutamente, e que, entretanto, o codigo mantem, quando regras de decoro e moral publica estão exigindo sempre a inhabilidade perpetua ou temporaria, conforme a gravidade do crime, ou quando não, o preenchimento de certas condições, como a reabilitação do condemnado e outras para o provimento do novo cargo. Tivesse o codigo regulado devidamente a interdicção de officios publicos, de que se occupou imprecisamente no art. 55, e teria evitado essa e outras anomalias.

Os casos em que o codigo commina a pena de perda do emprego com inhabilitação são os de prevaricação (art. 207), de peita e suborno (arts. 214, 215, 216 e 217), e de irregularidade de conducta (art. 238).

A Lei n. 1.785, de 28 de novembro de 1907, quanto ao peculato, commina tambem tal pena *aggravada* nos arts. 1, letras *a* e *b*; 2 e 4. AUTRAN entende que os serviços e vantagens, perdidos em virtude da condemnação, podem ser readquiridos, havendo reabilitação do condemnado nos termos do art. 86 deste codigo. Em contrario, entende JOÃO VIEIRA, que o instituto como vem regulado pelo codigo, não tem applicação ao caso, porque se refere sómente á reabilitação do condemnado innocente. Questionava-se no dominio do codigo anterior se o empregado, condemnado á perda do cargo, podia occupar outros cargos de eleição popular.

THOMAZ ALVES, TOLEDO e FRANCISCO LUIZ sustentavam que ainda mesmo no caso de perda de emprego com inhabilidade para exercer outro qualquer, não ha perda de direitos politicos, e o condemnado póde obter cargos de eleição popular, sendo a clausula da inhabilidade relativa sómente ao poder executivo ou governamental.

Como o condemnado á suspensão do emprego, não ficava inhibido de obter cargos de eleição popular, segundo a excepção que a seu respeito fazia o codigo anterior, reproduzido no vigente (art. 57), o condemnado á perda de emprego tinha a militar a seu favor a

mesma exceção. Contra essa argumentação, é de notar primeiramente, diz JOÃO VIEIRA, que nenhuma razão autoriza a estender a exceção ao caso de perda de emprego, pena mais grave, sem expressa menção. Depois semelhante exceção, embora repugnante, não era repellido pela antiga Constituição imperial, porque no art. 8, § 2.º dizia que o exercício dos direitos políticos se suspendia por sentença condemnatoria á prisão ou degredo, enquanto durassem os seus efeitos.

Dahi porque o codigo anterior permittia a anomalia de ser eleito para funções publicas quem estivesse della suspenso por sentença condemnatoria! E singular é que a lei só considere o poder executivo obrigado a respeitar a sentença e não o eleitorado, distincção que não pôde encontrar apoio em principios de direito.

O código vigenté reproduziu sem criterio, no art. 57, tão anomala disposição do anterior, e sem criterio porque, admittindo a interdicção dos officios publicos, que comprehende a perda de officios publicos, devia ver que os motivos que justificavam a admissão de tal instituto, repelliam *in limine* aquelle absurdo do codigo anterior. A Constituição Federal, art. 71 § 1.º, letra b, derogou, porém, a ultima parte do art. 57 do codigo penal, “salvo sendo de eleição popular”, por isso que diz de modo geral: “os direitos de cidadão brasileiro suspendem-se por condemnação criminal *emquanto durarem seus efeitos*”. CUNHA AZEVEDO achava exaggerada a pena de tirar do emprego o direito aos serviços prestados antes da perda do emprego, principalmente julgando-o ainda apto para outro da mesma natureza por nova nomeação.

Em contrario, argumenta THOMAZ ALVES dizendo que se não houvesse esse effeito, não se sabe o que fosse a perda de emprego. Por sua vez diz JOÃO VIEIRA que não existe nem exaggero nem inconciliabilidade com a idéa de nova nomeação para outro emprego, uma vez que a lei regule bem a especie, ou exigindo a rehabilitação do condemnado, ou só permittindo o novo provimento em certas e determinadas condições, de modo que não se torne contradictoria a nova posição do condemnado com a sentença condemnatoria.

Se o código vigente houvesse regulado bem a interdicção, não suscitaria duvidas e teria attenuado esses inconvenientes.

Vamos vêr, apreciando a pena de suspensão, mas desde já consignamos, que se esta pena é menos rigorosa do que a da perda de emprego, porque findo o tempo da suspensão volta o empregado ao exercicio do emprego, não assim em caso de perda do emprego, a que não pôde ser restituída, de outro lado a pena de suspensão é mais rigorosa porque acarreta a privação de todo e qualquer outro emprego durante a pena, enquanto que na perda do emprego sem a clausula da inhabilidade pôde servir em outro emprego.

Finalmente, como questão de revelancia, indaga-se se a perda de emprego importa a do montepio?

Pela negativa opinia ESCOREL, com apoio no Decreto n. 942 A de 31 de outubro de 1890, extensível aos empregados dos diversos Ministerios, que, no art. 1.º, estatue ter o montepio por fim prover a subsistencia e *amparar o futuro* das *famílias* dos empregados de fazenda, quando estes fallecerem ou ficarem inhabilitados para sustental-as decentemente”, e no art. 17 “que privado o empregado do emprego por *sentença*, continuará a cóncorrer com a quota, como dantes, afim de que por sua morte a familia tenha a pensão correspondente, inteira”. Admittir que a pena de perda de emprego traz a perda do montepio, é admittir que tambem soffram essa as pessoas em favor de quem foi instituido o montepio, o que é contravir o art. 72 § 19 da Constituição Federal, que diz: “*Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente*”. O Codigo penal da armáda cogita do caso, estatuindo no art. 50 que a pena de demissão não privará do montepio.

Art. 57. A pena de suspensão do emprego privará o condemnado de todos os seus empregos durante o tempo da suspensão, no qual não deverá ser nomeado para outros, salvo de eleição popular.

434. — A fonte desta disposição é o art. 58 do codigo anterior, cuja redacção foi modificada para peor, pois alli se dizia mais adequadamente que a pena de suspensão privaria os réos, não de seus empregos, mas do respectivo exercicio. São efeitos dessa pena :

1) privação temporaria do exercicio do cargo, com abuso do qual o condemnado commetteu o crime; 2) privação do exercicio, pelo mesmo tempo, de outros empregos que porventura tenha; 3) inhabilidade, por igual tempo, para ser nomeado para outros.

Outras medidas coercitivas existem em nosso direito, que se assemelham á pena de suspensão de emprego, mas pertencentes ao direito administrativo, processual ou disciplinar.

Assim, temos a suspensão :

1.º) Como providencia administrativa, decretada para submeter o indiciado a posterior processo criminal. O codigo, art. 60, declara expressamente que não é pena criminal. Por isso mesmo que é uma *medida administrativa preventiva*, tomada de *plano*, sem *forma*, nem *figura de juizo*, ás vezes ex-informata conscientia, a arbitrio do superior, é restricta ás funções do emprego sobre que versa a suspensão, e, pois, inampliavel ao exercicio de outros empregos, que exerça o suspenso.

2.º) Como efeito immediato da pronuncia (Cod. do Proc. Criminal, art. 165). Tem-se entendido, em face do art. 71 § 1.º da Constituição Federal, que particularisa os casos de suspensão de direitos do cidadão brasileiro, que a suspensão das funções publicas só pôde ter lugar, como efeito da pronuncia, nos crimes de respon-

sabilidade e nos crimes communs inafiançaveis e assim se devendo ter como revogadas disposições em contrario.

3.º) Como pena disciplinar, do ambito, pois, do direito disciplinar, que se distingue perfeitamente do direito penal.

Tal a suspensão imposta pelos regimentos dos tribunaes judi-  
ciarios e leis de organização judiciaria.

Firmado assim o conceito da pena de suspensão de emprego publico, como é definido pelo codigo penal, e diferenciado das medidas coercitivas affins, notam-se como suas vantagens: impedir que o delinquente continue a abusar do emprego em prejuizo da sociedade; ser *divisivel, reparavel, apreciavel* por todos que a soffrem, porque só o que tiver perdido a consciencia da honra e da probidade e que deixará de se impressionar por essa especie de deshonra que se lhe inflinge; é *exemplar*, e finalmente *analoga* ao delicto: *quem abusa do emprego é suspenso por causa desse abuso.*

E' *temporaria*, porque a sua perpetuidade equivaleria á perda do emprego, que é pena diversa, e como razão dispõe o codigo que durante a suspensão o delinquente não pôde ter outro emprego, pois o contrario importaria absurdo, a pena tornar-se-ia illusoria.

Incide, porém, em censura o codigo quando exceptúa os cargos de eleição popular, permittindo assim que o empregado publico, embora suspenso, possa ser juiz de paz, eleitor, etc.

Vimos, porém, que semelhante anomalia não pôde subsistir mais, derogado como foi o art. 58, ultima parte, pela Constituição Federal, art. 71 § 1.º, letra b (n. 433).

O texto legal suscita a questão de saber se a *demissão de emprego extingue a pena de suspensão em que tenha incorrido o funcionario publico?* A negativa se impõe diante da propria disposição do art. 57 do codigo. Esta questão, agitada no dominio do anterior codigo, teve solução cabal no parecer do Conselho de Estado, em 3 de novembro de 1871, que assim sustentou a solução negativa:

“A pena de suspensão não consiste meramente na privação do emprego, por cujos actos o funcionario respondeu em juizo; consiste tambem: a) na cessação do exercicio de quaesquer outros empregos ou funcções publicas; b) na impossibilidade de ser o funcionario suspenso empregado em outros empregos, salvo nos de eleição popular (art. 58 do Codigo Criminal). Portanto, cessado o emprego, não cessam virtualmente os outros efeitos da pena, á vista da clara e terminante disposição da lei. Se fosse possivel limitar essa extensão da pena, a acção do poder judiciario seria illudida pelo funcionario, demittindo-se; e pelo governo, concedendo-lhe demissão e nomeando-o para outro melhor emprego, se assim lhe parecesse conveniente. Esta simples consideração, senão a letra clara do Codigo, basta para sustentar a doutrina do Aviso n. 239 de 2 de agosto de 1867. A doutrina do Aviso n. 239 de 2 de agosto de 1867 é conforme ás das Imperiaes Resoluções de 30 de novembro de 1846

e 25 de fevereiro de 1860, e conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, que, recentemente, pronunciou e condemnou á pena de suspensão um funcionario por abuso do cargo, do qual já tinha pedido demissão.”

Neste sentido foi expedido o Aviso n. 110 de abril de 1872.

#### 435 — Jurisprudencia brasileira.

Não pôde ser julgado extincto o processo de responsabilidade pela demissão de funcionario, a seu pedido. Embora figure na penalidade a *suspensão* do emprego, ha a attender-se o art. 57 do Codigo penal em comparação com o art. 211 § 1.º, em que fôra pronunciado o funcionario publico, interpretadas taes disposições pela jurisprudencia estabelecida sobre semelhantes do Codigo Criminal de 1830.

*Gaz. Juridica*, vol. 1.º, p. 311, *Direito*, vol. 44, p. 424, RODRIGUES, *Miscellanea Juridica*, verbo — *demissão e suspensão* (*Accordão do Superior Tribunal do Rio Grande do Sul*, de 6 de setembro de 1865).

Art. 58. A pena de multa consiste no pagamento ao Thesouro Publico Federal do dos Estados, segundo a competencia respectiva, de uma somma pecuniaria que será regulada pelo que o condemnado puder ganhar em cada dia por seus bens, emprego, industria ou trabalho.

Art. 59. Se o condemnado não tiver meios para ganhar a multa, ou a não quizer pagar dentro de oito dias, contados da intimação judicial, será convertida em prisão cellular, conforme se liquidar.

§ unico. A conversão da multa em prisão ficará sem effeito, se o criminoso, ou alguém por elle, satisfizer, ou prestar fiança idonea ao pagamento da mesma.

436. — As penas pecuniarias constituiram a base da penalidade do primitivo direito, e tinham por objectivo a reparação do damno causado pelo delicto.

Passaram a segundo plano, cedendo a preponderancia ás penas privativas da liberdade, no seculo XVI, ante a nova situação creada pelas descobertas geographicas (vid. n. 414). Restricto seu campo de applicação, só ao Estado, que se substituirá á parte lesada, vinham revertendo as penas pecuniarias, nas suas duas formas do *confisco* e da *multa*.

O confisco, que vem desde o direito romano, tirava ao condemnado a totalidade ou grande parte de seus bens, reduzindo-o e os seus á miseria.

Arma terrível nas lutas políticas, e nas mãos dos delatores e cortezãos, pouco a pouco desapareceu das legislações modernas.

Abolido pela nossa Constituição imperial, art. 179, n. 20, vemos figurar o confisco, como tomada do instrumento ou producto do crime, em varios codigos, e no nosso, nos arts. 239 a 242. 342 a 347, 348 a 354, 367, 368, 369, 384 e 385.

437. — Quanto á multa, deixando de ser arbitraria, fixada como era muitas vezes pelo juiz segundo as circumstancias, passou a ser estabelecida uniformemente nos codigos modernos e proporcionada á gravidade do delicto.

Tem-se discutido muito seu papel no systema da repressão, brilhantes os debates que a proposito têm havido, especialmente nas secções da União Internacional de Direito Penal. Theoricamente, apontam-se como vantagens das penas de multa: não desclassificam nem degradam, nem tiram o condemnado do seio da familia; tem a flexibilidade necessaria para se adaptar á situação do culpado e á gravidade de sua acção; correspondem bem ao movel do delinquente em todos os casos em que a infracção é inspirada pela cobiça ou amor do ganho; constituem igualmente freio efficaz quando o delicto foi commettido por imprudencia; convém, em geral, á repressão das infracções leves e como meio de evitar o abuso das penas de prisão por curto prazo (LISZT, CUCHE, CIVOLI, ESMERALDINO BANDEIRA, ALFREDO RUSSEL, JOÃO CHAVES). Praticamente, porém, suas vantagens cedem diante da difficuldade da cobrança, sendo ordinariamente convertidas em prisão, pela insolvabilidade ou fraca solvabilidade da maioria dos condemnados.

A prisão torna-se, então, o modo da execução ordinaria da multa, aggravando os máos efeitos das penas de prisão de curto prazo.

Não é tudo: mesmo executada a multa, dada a uniformidade de sua taxa variavel só quanto a gravidade do delicto mas não quanto á condição social do delinquente, chegamos, sob a apparencia da egualdade, á mais flagrante desigualdade na distribuição do castigo; a mesma condemnação pecuniaria tornando uma diversão para o rico e a ruina para o pobre, para um a impunidade, para outro uma irrisão.

Para remover seus graves inconvenientes, tem-se proposto fixar a multa em proporção ás condições economicas do condemnado, ou de accordo com os seus creditos ou os recursos de seu trabalho.

Para facilitar sua cobrança, alvitra-se o meio de pagamentos parciaes ou por pequenas fracções, e para evitar a conversão da multa em prisão, a substituição das diarias subsidiarias da prisão por prestações de trabalho de interesse publico, de accordo com a capacidade physica e competencia technica de cada condemnado, e só diante da recusa recorrer-se á prisão como subrogado. Esses

diferentes alvitres, senão removem de todo os inconvenientes notados, pelo menos têm o effeito de attenual-os.

Seguem essa orientação o 3.º projecto suiso, art. 36, os codigos da Hollanda, dos cantões suissos de Vaud, Neufchatel, Berna, as leis prussianas de 15 de abril de 1878 e franceza de 18 de junho de 1859, sobre delictos florestaes.

E' de notar que a primazia desse movimento cabe á parlamentares brasileiros, que, em projectos e no anterior codigo, deixaram consignados os principios ora tidos como a expressão da verdade scientifica.

Effectivamente, no projecto do codigo criminal apresentado pelo deputado CLEMENTE PEREIRA á Assembléa Geral se determinava que a multa, quando não fosse fixada a quantia certa, seria sempre da decima parte do *rendimento liquido annual dos réos*, no gráo minimo, da sexta parte no gráo médio e da terça parte no gráo maximo (art. 40).

Nos crimes de furto a multa seria sempre da quarta parte do valor da coisa furtada no gráo minimo, da terça parte no médio e das duas terças partes no maximo (art. 41). No art. 42, estabelecendo as regras para a liquidação dos rendimentos dos réos de sorte a determinar a quantia que devessem pagar da multa, tinha em consideração os casos em que os rendimentos proviessem: 1.º) da lavoura, commercio, industria; 2.º) de dinheiro de contado ou rendas de casas, foros ou pensões; 3.º) de soldadas ou officio.

Caso os réos não tivessem officio ou occupação conhecida, se estimaria por arbitros o rendimento liquido annual que poderiam ter recebido, se se occupassem, como deviam, em algum trabalho util, tomando-se por base quanto deveriam ganhar diariamente a jornal commum em serviço correspondente ás *suas forças e circumstancias*.

Se não tivessem dinheiro para pagar a multa sobre o calculo arbitrado, seriam obrigados a *servir nas officinas* que houvessem nas casas de prisão tantos dias quantos fossem necessarios para perfazer a somma total da multa, avaliando-se cada dia no jornal do seu serviço estimado para arbitramento da mesma (art. 43).

Os réos a quem a multa tiver sido accumulada a outra pena, e não tivessem dinheiro com que a possam pagar, depois que houvessem cumprida esta, seriam obrigados a trabalhar nas casas de prisão o tempo que fosse necessario para satisfazer aquelle (art. 44).

Como se vê, o projecto tinha em vista sobretudo as condições economicas dos condemnados para fixar a multa devida, a sua capacidade physica e competencia technica para o trabalho que deviam prestar nas officinas das prisões, até pagar a multa estabelecida.

Traduzindo ainda a preocupação de resolver o arduo problema da egualdade relativa das multas, não só em face da objectividade do delicto, mas tambem a sua subjectividade, ante as condições

economicas do agente, e assim destacando-se dos codigos imperantes, e antecipando-se do movimento que trouxe a concepção hoje dominante na penologia, veio o codigo, com o preceito do art. 55, estatuindo que “a pena de multa obrigará os réos ao pagamento de uma quantia pecuniaria, que será sempre regulada pelo que os *condemnadados puderem haver em cada dia, pelos seus bens, emprego ou industria*, quando a lei especificadamente o não designar de outro modo”. O legislador brasileiro, dizem CHAUVEAU e HELIE, adoptou um outro systema: o art. 55 do seu codigo estabelece um principio geral. Se este principio geral pode-se traduzir em uma applicação fiel, a questão da medida das multas póde ser considerada como resolvida; porque, com uma tal regra, a multa cessaria de ser illusoria para o rico e vexatoria para o pobre; ella pesaria com o mesmo peso sobre todas as classes da sociedade.”

Reconhecida assim a exactidão do principio, era de indagar quaes os meios de actual-o devidamente, dahi porque inquirim os citados escriptores: mas o juiz terá meios de calcular com justiça as rendas de cada delinquent? Como reunirá os elementos deste calculo. desde que hajam interessados em occultal-os? Se elle cahe em algum erro, se o calculo é inexacto, a desigualdade da pena. não se torna logo manifesta? A base é justa, mas não basta, seria mistér adicionar-lhe os meios de fazer uma exacta applicação della”. O legislador não entrou na pesquisa desses meios, deixando para regulamentação especial, muito embora do assumpto já cogitasse o projecto CLEMENTE PEREIRA.

Os Regs. n. 120 de 31 de janeiro de 1842 e n. 595, de 18 de março de 1849, procuraram, mas incompletamente, resolver a questão, editando regras para o calculo das multas.

O systema adoptado pelo codigo era ainda passivel de critica, e neste ponto procedente, por não ter generalisado o principio do art. 55 a todos os casos, porquanto ahi se continha a clausula final “quando a lei especificadamente o não designar de outro modo.”

Na parte especial, vemos applicado o principio do art. 55 aos casos em que a multa é relativa ao tempo da prisão; fóra destes casos, a multa é fixada mediante outros criterios, ou por uma percentagem, ou determinada no minimo e no maximo, criterios que não evitava a desigualdade, e então a tal escolho vem tocar, por isso que se uns delinquentes podem pagar, outros não o podem.

Mas cuidadosamente distinguia o codigo o condemnado solvavel ou em condições de pagar, mas que era recalitante, do insolvel ou desprovido de meios para solver a multa.

O primeiro era recolhido a prisão, de onde não sahiria sem pagar, o segundo condemnado em tanto tempo de prisão com trabalho, quanto fosse necessario para ganhar a importancia della (arts. 56 e 57).

No intuito de evitar que a prisão substitutiva da multa se elevasse a tempo excessivo, ou mesmo se tornasse perpetua, o que podia resultar da alta somma em que fosse fixada a mesma multa, o Decreto n. 595 de 1849, art. 6, estabeleceu que “a commutação da pena de multa, que *não fôr correspondente a certo tempo*, nunca poderá exceder a 3 annos de prisão côm trabalho”.

Antes o Codigo do Processo, art. 291, já tinha modificado tambem o systema do Codigo criminal, estabelecendo que “no caso de impossibilidade do pagamento das multas, seriam commutadas na terça parte mais da pena de prisão, comminada nos respectivos artigos.”

438. — O codigo vigente se occupa da multa nos arts. 58 e 59.

Diante da experiencia feita, do estatuido nos codigos e projectos mais recentes, e do que vinha sendo solucionado nas sociedades scientificas, o legislador tinha os elementos precisos para regular o assumpto senão com inteira perfeição, ao menos de modo mais suavisorio e conveniente. Não se houve, porém, assim, e antes da maneira mais desastrada possível, editando preceitos que se chocam, além de encerrar alguns verdadeiras iniquidades.

No art. 58, valendo-se da disposição do art. 55 do codigo anterior, que modificou, eliminando a clausula final, que dizia — *quando a lei especificadamente o não designar de outro modo* — clausula que resalvava os outros modos de fixação da multa, contempladas pelo mesmo código, o legislador dá uma definição da multa e respectiva fixação que não se enquadram em nenhuma das disposições da parte especial. Diz-se allí que “a pena de multa consiste no pagamento ao thesouro publico federal ou dos Estados, segundo a competencia respectiva, de uma somma pecuniaria que *será regulada pelo que o condemnado puder ganhar em cada dia por seus bens, emprego, industria ou trabalho*.”

Por esta disposição vê-se que a multa é relacionada as condições economicas ou capacidade productiva do condemnado, e, pois, fixada relativamente a certo tempo. Desde que não faz resalva alguma, como fazia o anterior codigo, é a unica forma que assume a pena, e dest’arte o legislador procurou corrigir os defeitos da legislação vigorante até então, e, com os modernos penologistas, só encerrar o elemento subjectivo para fixar as condições da pena.

Puro engano, pura illusão! Recorrendo-se á parte especial, não vemos *um unico caso* de applicação da pena de multa, ou só, ou acompanhada de outra pena, em que ella seja referivel a certo tempo, e assim poder enquadrar-se na definição do art. 58!

Effectivamente, ahi vemos a multa fixada, ora como uma *percentagem* sobre o valor do *damno causado* ou que se *poderia causar* (art. 258), ou sobre o valor do *objecto* de delicto (art. 330); ora

em *quantia determinada*, no mínimo e no máximo, como no art. 356; ora fixada em múltiplo de base indicada (art. 325).

Assim, a multa, quando não é determinada por quantia certa, recahe sobre o *valor do dâmnno* ou do *objecto* sobre que versa a infração, e a determinação desse valor não está sujeita absolutamente á regra do art. 58!

Trata-se, pois, de uma disposição ociosa, uma verdadeira excrescencia, por isso que não tem referencia a caso algum, exactamente como esses frascos que accusam nos rotulos bebidas finas, encerrando, entretanto, coisa muito diversa e de peor qualidade.

Eliminando a forma prescripta no art. 58, unica que pôde justificar a pena de multa, e referivel esta ao elemento *objectivo*, como se vê da parte especial, retrogradamos assim ao estado anterior a 1830, fazendo da pena de multa uma irrisão para o pobre, uma diversão para o rico. Segundo o art. 59, se o condemnado *não tiver meios* para pagar a multa, ou a *não quizer pagar* dentro de oito dias, contados da intimação judicial, será convertida, em prisão celular, conforme se liquidar."

Em primeiro lugar, o código equipara assim situações muito diversas, isto é, a do condemnado solvavel, ou que pôde pagar e não o faz propositalmente, e a do condemnado insolvavel, que por falta de recursos, não solve a multa, situações que o código anterior, como vimos, distinguia com sanções diversas.

A equiparação feita pelo código encerra, pois, uma iniquidade.

Quanto á liquidação da multa, para sua conversão em prisão, vigoram as regras da anterior legislação, constantes dos arts. 423 a 435 do Reg. n. 120 de 31 de janeiro de 1842 e o Decreto n. 1.696 de 15 de setembro de 1869, consolidados nos arts. 388 a 407, P. II, do Decreto n. 3.084, de 5 de novembro de 1898, que approvou a consolidação das leis referentes á justiça federal. E, como a multa, pelo código, não é referente a certo tempo, sêgue-se, em face do art. 6 do al. Decreto n. 1.696, de 1869, que a commutação dessa pena não pôde exceder a 3 annos de prisão com trabalho.

Não havendo prisão com trabalho, terá logar a redução desse tempo á prisão simples, com augmento da sexta parte do tempo, segundo art. 409 deste código. Se concorrerem dois ou mais agentes no crime, cada um responde pela parte que lhe toca da multa, sem relação alguma de solidariedade, pessoal como é a pena (art. 25).

#### 439 — Jurisprudencia brasileira.

I. — Ninguém pôde ser recolhido á prisão, ou nella conservado, a pretexto de multa, sem estar esta liquidada, — art. 21 do Decreto n. 595 de 18 de março de 1849 (*Accordão do Supremo Tribunal Federal*, de 28 de fevereiro de 1902).

II. — A allegação de inoportunidade e irregularidade da liquidação da multa e do cumprimento da pena não justificam o recurso extraordinario do habeas-corpus, cabendo ao juiz da execução conhecer do caso com recurso ordinario (*Accordão do Supremo Tribunal Federal*, de 25 de junho de 1910).

III. — A pena de multa, a que está sujeito o réo nos crimes de peculato, deve ser baseada no valor dos bens effectivamente apropriados (*Accordão do Supremo Tribunal Federal*, de 30 de junho de 1910).

IV. — A liquidação da multa, a que foi condemnado o réo, não constitue acto executorio, mas simples diligencia preparatoria da execução de sentença criminal (*Accordão do Supremo Tribunal Federal*, de 29 de outubro de 1913).

V. — E' illegal a continuação em prisão do condemnado que já cumpriu a pena, sob pretexto de falta de pagamento de multa não liquidada. Considera-se não liquidada a multa que foi processada e convertida, sem audiencia das partes (*Accordão do Tribunal de Justiça de São Paulo*, de 15 de setembro de 1899).

**Art. 60.** Não se considera pena a suspensão administrativa, nem a prisão preventiva dos indicados, a qual, todavia, será computada na pena legal.

440. — Esta disposição reproduz o estado do nosso direito então vigente.

Estatuia o anterior código, art. 37, “não se considerar pena a prisão do indiciado de culpa para *prevenir a fugida*, nem a suspensão dos magistrados decretada pelo poder moderador, na forma da Constituição”. O código referia-se á suspensão dos magistrados pelo poder moderador, porque no tempo de sua promulgação era a disposição existente; mas appareceram depois outras disposições legislativas, que deram a outras autoridades attribuições de suspender, entre as quaes a que é concedida aos presidentes de provincia pelo art. 5.º § 8.º da Lei de 3 de outubro de 1834. E' com esse caracter geral que a suspensão administrativa é considerada pelo código vigente.

Já vimos que a suspensão administrativa, como medida coercitiva, se assemelha á pena de suspensão de emprego publico, della, porém, se distinguindo devidamente (n. 434).

Quanto á *prisão preventiva*, o código anterior a tomava como acto judicial, com o fim especial de *prevenir a fugida do indiciado de culpa*. E' a accepção restricta, segundo a qual se designa a

detenção do imputado antes da pronuncia, e por mauuo da autoridade judiciaria, accepção que se contrapõe a geral, segundo a qual se designa a detenção ou custodia de imputado em qualquer estado da causa, antes de julgada definitivamente, e pois, abrangendo a prisão em *flagrante*, a *preventiva* estricto sensu, e a prisão por *pronunca*. E' na accepção restricta que os textos da nossa legislação tomam a expressão — prisão preventiva.

Os nossos codigos não a consideram como pena, se bem assumam esse caracter, por isso que a pena só pôde ser imposta com a *certeza* do crime e de seu agente, mediante julgamento, ao passo que a prisão preventiva é uma medida imposta pela necessidade para acautelar ou assegurar a administração da justiça, e logo que se manifeste contra o indiciado a *suspeita da criminalidade*. E' com esta finalidade que a medida foi considerada pela nossa legislação, subseqüente ao código de 1830, e a considera o código, finalidade que pôde ser tripartitamente distribuida, segundo FAUSTIN HELIE, como medida de *segurança*, para evitar que o delinquente commetta novos crimes, e mesmo evitar que seja victima da vindicta do offendido; como *garantia da execução da pena*, para evitar que o delinquente fuja á pena que merece e ás reparações civis; como *meio de instrução*, para evitar que o delinquente faça desaparecer os vestigios do crime, que suborne testemunhas, que se concerte com os cúmplices para o plano de evitar a descoberta da verdade. Para impedir que se faça uso abusivo dessa medida, que só se pôde justificar nos casos especificados, é que nossas leis têm exigido que se fundamente, mostrando sua necessidade ou conveniencia, não só a sua requisição, como a sua concessão (Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, art. 13, §§ 2.º, 3.º e 4.º, Decreto n. 4.824, de 22 de novembro do mesmo anno, e Decreto n. 2.110, de 30 de setembro de 1909, art 28). Como nota PRINS, qualquer que seja o caracter juridico da prisão preventiva não deixa de ser um soffrimento pouco differente do que faz experimentar a execução da pena. E' pois, justo que a sociedade, que, no interesse da descoberta da verdade, se viu obrigada a infligir esse soffrimento, procure na medida do possivel reparar o mal que causou. Dahi o principio da computação do tempo da prisão preventiva na execução da pena, já reconhecido, como de equidade, na legislação romana, como se pôde ver no Dig. Liv. 48. t. 19, de *pœnis*, 1, 25. Divergencias têm surgido na doutrina, com reflexo nas legislações, quanto ao modo e calculo dessa computação.

Dahi a computação *obrigatoria* (codigos italiano e belga); a computação *facultativa* (codigos hollandez, dinamarquez, russo, do cantão de Neuchatel); a computação ora obrigatoria, ora facultativa, integral ou parcial, conforme os casos (código allemão, art. 60, lei franceza de 15 de novembro de 1892, lei portugueza de 14 de

junho de 1884). O nosso anterior código não cogitava da computação, e só pela Lei n. 1.696 de 15 de setembro de 1869 se determinou que, confirmada a sentença, será levado em conta, no cumprimento da pena, o tempo de prisão simples que o réo tiver soffrido desde a sentença da primeira instancia, descontada a sexta parte; disposição que não teria logar se o réo preferisse o cumprimento da pena de prisão com trabalho, não obstante a appellação (art. 7).

E' o systema obrigatorio, parcial, para o periodo posterior á condemnação e anterior á sua irrevogabilidade. Com o Decr. n. 774 de 20 de setembro de 1890, expedido pelo governo provisório da Republica, foi adoptado o systema da computação obrigatoria e integral, estabelecendo-se, no art. 3, que "a prisão preventiva seria computada na execução da pena sendo posto em liberdade o réo que, contado o tempo da mesma prisão, houver completado o da condemnação."

O código vigente admittindo tambem o systema da computação obrigatoria, não foi explicito quanto ao modo de applicação, se integral, ou parcial. Justificando o systema adoptado pelo código, seu autor considerando a prisão preventiva sob o triplice aspecto de medida de segurança, de garantia de execução da pena, e de meio de instrução criminal, reputa o computo facultativo perigoso e iniquo. Perigoso, porque deixa ao arbitrio do juiz a sorte do condemnado, e não se deve olvidar o conhecido apothegma de BACON — a melhor lei é a que menos arbitrio deixa ao juiz — maximé em assumpto melindroso, como este, que affecta os direitos da personalidade, e em que o arbitrio póde facilmente degenerar em tyrannia. Iniquo, porque colloca o indiciado em uma situação difficil, constringendo-o, como impõe a lei franceza, a renunciar ao recursò legal, que, uma vez provido, lhe abrirá ás portas do carcere, ou como, igualmente cruel, estatue o código allemão, a renunciar o recurso, ou d'elle desistir, se já interposto, para que possa aproveitar-lhe o desconto legal. Pronunciando-se tambem pelo systema da computação obrigatoria, diz JOÃO VIEIRA que o accusado não deve soffrer por motivos extranhos á sua vontade o vexame do prolongamento da prisão preventiva pela demora costumada dos processos, quanto á sua instrução ou julgamento. Esta consideração, antes da lei mandar computar a prisão preventiva na condemnação, actuava sempre no jury que arbitrariamente absolvia ou attenuava a pena dos accusados para eliminar ou descontar no julgamento o tempo de prisão já soffrida. Contra esse systema, e pela revogação do art. 60 do código, se manifesta LIMA DRUMMOND, com justa observação do que tem mostrado a nossa pratica. A consequencia inevitavel desse regimen legal, diz elle, será o prolongamento da detenção preventiva — menos rigorosa que a pena restrictiva da liberdade — pela multiplicação fraudulenta dos incidentes processuaes em detrimento dos creditos da justiça e do direito. Entre

nós, no Districto Federal, o facto se tem verificado com maravilhosa regularidade, em virtude da disposição expressa do art. 60 do código penal. E as vantagens vislumbradas pelo sentimentalismo morbido — perfido mentor em questões penaes — aproveitam, apenas, aos criminosos, temíveis pela astucia, os quaes graças á exquiritice legal, deixam quasi sempre de penetrar na Casa de Correção. O que convem é conceder ao poder judiciario a attribuição de computar na execução da pena restrictiva da liberdade individual a detenção preventiva, ou deixar de fazel-o após a apreciação criteriosa das circumstancias especiaes em que foi o processo organiiado e do character do criminoso.”

Nota tambem VIDAL, baseado em quadro estatistico, que a lei franceza de 15 de novembro de 1892, no ponto de vista penitenciarario, teve o effeito directo e immediato de augmentar, em uma proporção notavel, o numero de recursos, interpostos pelos condemnados para cumprir, por antecipação, a pena no carcere dos indiciados, sob um regimen mais brando, mais confortavel, mais productivo, quando o individuo consente em trabalhar, de sorte que, desde a promulgação da lei, nas prisões departamentaes, a população das secções de indiciados foi augmentando sempre, e a das secções de condemnados diminuindo, o que não quer dizer que o numero destes se reduza, mas que são bastante habeis para permanecer, depois de sua condemnação e muitas vezes até o fim da pena, na secção dos indiciados”. Não declarando o nosso código o modo de applicação da computação da prisão preventiva, dahi as duvidas que deu lugar, opinando-se ora pela computação parcial, e neste sentido se pronunciou o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros; ora pela computação integral, directriz esta firmada pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente pelo accordam de 3 de março de 1897, que adiante trasladaremos. Pela primeira intelligencia se declara o autor do código, fazendo ver que interpretado o art. 60 á luz do systema da legislação, do espirito que domina todo o organismo juridico, da tradição do direito e do texto da Lei n. 1.696, de 15 de setembro de 1869 e o art. 409 do Código penal, o voto do Instituto dos Advogados parece inexpugnável, principalmente porque evita o absurdo da impunidade do crime, absurdo a que conduz a opinião adversa, e que o legislador romano, com o seu apurado senso juridico, conjurou prohibindo a interpretação benigna *pro réo*, quando della póde resultar a impunidade *non quidem quod ad impunitatem non id retat* (Cod. 9, 47, C. 7.<sup>a</sup>).

Este absurdo verifica-se sempre que a pena legal fôr absorvida pelo carcere preventivo. Mas a duvida não se póde considerar derimida pelos arestos do Supremo Tribunal Federal. Nada assegura a constancia, a perseverança dessa uniformidade; para que varie amanhã, basta que mude o pessoal do conspicuo tribunal.”

441 — Jurisprudencia brasileira.

1. — No art. 60, nem em qualquer outro, cogita o Código penal da differença, sob o ponto de vista de intensidade do soffrimento, entre a prisão preventiva e a prisão condemnatoria, para que sómente com certo desfalque, reputado compensativo da maior dureza desta, seja o tempo daquella computado no cumprimento da pena. O art. 409 do citado código apenas contem providencias transitorias tendentes a obviar, na falta de estabelecimentos adequados, e emquanto estes não se fundarem em numero sufficiente, a impossibilidade material d'ahi resultante, em toda a Republica, para execução da nova pena de prisão cellular, e, na maior parte dos logares, para a da que a substitue, de prisão com trabalho nos estabelecimentos penitenciarios existentes, segundo o regimen do Código de 1830.

Ainda quando, apesar disso, se quizesse ver na conversão, alli prescripta da prisão cellular em prisão simples, com o augmento da sexta parte do tempo, uma disposição organica no systema penal instituido pelo Código de 1890, nem assim se poderia, sem formal postergação da regra fundamental de interpretação firmada no art. 1.º, 2.ª parte, amplial-a, a pretexto de analogia com aggravação da sorte dos réos, a especies não comprehendidas no texto, praticando com a prisão preventiva, no caso do art. 60, a operação inversa áquella conversão e até nos logares em que, mesmo com relação á prisão penal, não é admissivel tal conversão *ex-vi* do proprio art. 409, em razão de possuirem estabelecimento penitenciario para o cumprimento da pena de prisão com trabalho. Portanto, nada autorizando o desconto da 6.ª parte, até agora praticado, não se póde dar aos termos irrestrictos do art. 60 do Código Penal outra intelligencia senão a de computar-se integralmente na pena legal a prisão preventiva dos iniciados.

Isto mais incontestavel se torna á vista do art. 3.º do Decreto n. 774. de 20 de setembro de 1890, que, — não obstante vigorar então o art. 49 do Código Criminal de 1830, onde se estabelecia, para a conversão da prisão com trabalho em prisão simples, regra egual a do art. 409 do Código vigente —, mandava, para completar o tempo de prisão condemnatoria, addiccionar ao já cumprido pelo condemnado o da prisão preventiva por elle soffrida (*Accordão do Supremo Tribunal Federal*, de 3 de março de 1897).

II. — Na contormidade da doutrina de alguns criminalistas, o delinquente deve unicamente soffrer a pena estabelecida para a punição do crime por elle commettido, e por consequente na sua fixação se lhe levará em conta o tempo em que esteve na detenção reclamado em nome do interesse social.

Por esse motivo o actual Codigo Penal, adoptando o systema da imputação obrigatoria dos codigos penaes italiano e belga e já consignado no Decreto n. 774, de 20 de setembro de 1890, expressamente determina, em o art. 60, que a prisão preventiva do indiciado — será computada na pena legal.

Nestes termos não se pôde deixar de reconhecer que na generalidade da expressão prisão preventiva, de que usa o Codigo Penal, acha-se virtualmente comprehendida a prisão preventiva administrativa, porque, da mesma sorte que a judiciaria, impõe ao indiciado o soffrimento da privação mais ou menos prolongada da sua liberdade (*Accordão do Supremo Tribunal Federal*, de 19 de dezembro de 1900). Este accordam é passivel de censura, reputando comprehendida na prisão preventiva a prisão administrativa. Cabem aqui as ponderações que a respeito fez OSCAR DE MACEDO SOARES. “A doutrina firmada quanto á prisão administrativa suscita algumas contestações. O Dr. VILLELA DOS SANTOS, que foi o advogado da causa, sustentando a doutrina e encarecendo a importancia do julgado, abordou a questão principal de não considerar-se preventiva senão a prisão judicial, excluindo, portanto, do computo a administrativa. O relativo — a qual, que se lê no art. 60, refere-se sómente á prisão preventiva — ou tambem á suspensão administrativa? A resposta não pôde ser duvidosa, diz o Dr. VILLELA, não abrange, porque está no singular.

A construcção da phrase está indicando, e além disso não se pôde confundir suspensão de exercicio de emprego seja ou não administrativa, com prisão preventiva, isto é, privação da liberdade, detenção corporal, digamos assim, do indiciado. O art. 60 é claro, refere-se a dois institutos differentes — de natureza diversa — suspensão administrativa — e — prisão preventiva, os quaes tem de commum sómente o facto de não constituirem pena. E quanto á prisão preventiva, apesar de não ser considerada pena, todavia, será computada na pena legal.

E’ evidente, portanto, que a suspensão administrativa foi excluida do computo. Os argumentos do Dr. VILLELA não convencem, quando esforça-se em sustentar a doutrina do Accordão, e nota-se que para chegar ás suas conclusões elle procura confundir a suspensão com a prisão administrativa, que são coisas differentes. Ainda mais, o Dr. BAPTISTA PEREIRA, nas suas Notas historicas sobre o Codigo Penal, (*Rev. Jurisp.*, maio, 1899, p. 17), aponta entre outras innovações a do computo da prisão preventiva na pena legal e não se referio á suspensão administrativa.

III. — Para a decretação da prisão preventiva, em sentido estricto, isto é, da prisão sem ser em flagrante delicto ou decorrente de pronuncia, faz-se mistér que concorram estes requisitos exigidos pela lei: a) inafiançabilidade do delicto, si o indiciado não

fôr vagabundo, sem profissão licita e domicilio certo, ou tiver cumprido pena de prisão por effeito de sentença proferida por tribunal competente; *b*) a existencia de “indícios vehementes” da autoria ou cumplicidade; *c*) necessidade ou conveniencia da prisão do indiciado; *d*) que a requisição e a concessão do mandato sejam “fundamentadas (Lei n. 2.033, de 1871, art. 13 § 2.º; Decreto n. 4.824, do mesmo anno, art. 29, princ. e § 1.º; Decreto n. 3.084, de 1898, arts. 79 e 81, da parte 1.ª; Lei n. 2.110, de 1909, art. 27, princ. e §§ 1.º e 2.º).

A segunda condição é *absoluta*. A primeira não; porque mesmo nos crimes *afiançaveis* pôde ser decretada a prisão preventiva, desde que o indiciado esteja em alguma das situações acima indicadas. A terceira participa da natureza da segunda, e decorre ou de factos e circumstancias constantes dos autos e apreciados pelo juiz, factos e circumstancias que objectivam o motivo juridico da providencia, ou de situação prevista expressamente na lei como *caracteristica* daquella condição — Dar-se-á a *caracterisação*: 1.º, se o *indiciado* é vagabundo, sem profissão licita e domicilio certo; 2.º, se elle tiver cumprido pena de prisão por effeito de sentença proferida por tribunal competente.

Sempre que se verificar qualquer dessas duas situações, a prisão deve ser decretada *por força directa da lei*, que vê nellas, sem dependencia do concurso de outra circumstancia, e demonstração da necessidade de pôr em custodia o indiciado, afim de que a acção da justiça repressiva não seja burlada, por isso que o réo que não tem profissão licita, nem domicilio certo, e o que se não regenera com o cumprimento da pena por delicto anterior, não offerecem a garantia de se conservar no districto da culpa, aguardando os resultados do processo, entre os quaes está a prisão consequente á pronuncia ou a condemnação nas acções penaes em que não ha pronuncia. Assim, não occorrendo nenhum dos casos caracteristicos da necessidade ou conveniencia de prisão preventiva (art. 27 § 1.º, letras *a* e *b* da Lei n. 2.110 de 1909), esta condição essencial ha de resultar de provas que convençam de que o réo, por actos que tenha praticado, procurando obstar ou enfraquecer as investigações da justiça, por falta de interesses que o radiquem no districto da culpa, por preparativos que haja feito para fuga em vista da eventualidade da pronuncia, ou por outras circumstancias semelhantes a essas, não pôde continuar em liberdade sem que prejudique a apuração dos elementos de convicção da pena, ou mesmo a ordem juridica venha a prejudicar a execução da pena, ou mesmo a ordem juridica pela reiteração de acto ou actos da mesma natureza dos imputados, constitutivos de um delicto continuado, ou de crimes de especie identica, attenta a habitualidade do agente ou a sua grande temibilidade. Não cumpre ao réo provar, para impedir que venha a ser decretada a excepcional medida de segurança, que offerece a neces-

saria garantia para o cumprimento da sentença de pronuncia, ou da sentença condemnatoria : elemento integrativo que é da legalidade da prisão preventiva, a *necessidade de conveniencia* deve encontrar apoio no processo promovido contra o indiciado, e sem esse apoio fallece o preenchimento do requisito.

Ordenada, porém, que seja a prisão preventiva, lhe é licito recorrer ao remedio do *habeas-corporis*, dando a demonstração da inexistencia daquella condição essencial, e, portanto, a demonstração da illegalidade do constrangimento immimente (*Ac. do Supr. Tribunal Federal*, de 15 de maio de 1920).

IV. — A prisão preventiva só deve ser decretada quando fôr necessaria ou conveniente aos interesses da sociedade. A lei, porém, não estabelece regras nem limites para esses casos de necessidade ou conveniencia : deixa a sua apreciação ao criterio e honorabilidade do juiz. A doutrina e a jurisprudencia esforçam-se em detalhar alguns desses casos, para a limitação do arbitrio, referindo-se aos perigos da fuga, da pratica de outros crimes, de embaraço á acção da justiça e até de represalia contra o proprio réo. A acção do juiz não está adstricta, porém, aos casos indicados ; não são elles normas fixas, exclusivas do seu procedimento. Só o erro manifesto, o abuso, a arbitrariedade, que nunca se presumem poderão legitimar a revogação de um acto que a lei confiou ao juizo prudente da autoridade processante (*Accord. do Sup. Trib. Fed.*, de 20 de agosto de 1928).

V. — A concessão do mandado de prisão preventiva deve ser sempre apoiada em prova de que resultem indicios vehementes de culpabilidade do réo e tambem na conveniencia ou necessidade plenamente justificada da mesma prisão. Desde que os indicios justificativos da prisão preventiva foram destruidos ou fortemente abalados na formação da culpa, deve cessar a medida anteriormente decretada, principalmente quando em face do encerramento do sumario de culpa, desapareceu por completo o receio de poder o accusado solto perturbar á acção da justiça (*Ac. do Supr. Trib. Fed.*, de 17 de setembro de 1928).

VI. — O arbitrio que o legislador outorgou ao juiz summariante para julgar sobre a conveniencia da prisão preventiva não póde ir ao ponto de obstar que o superior hierarchico julgue de modo contrario. Se assim se pudesse entender, dar-se-ia o caso de tornar verdadeiramente soberano o juiz da primeira intrancia, o que constituiria tambem um attentado contra a indole liberal de nossas leis (*Ac. da 3.ª Camara da Côte de Appellação*, de 11 de janeiro de 1913).

VII. — A jurisprudencia dos nossos tribunales, no que toca á decretação da prisão preventiva em sentido restricto, isto é de prisão sem ser em flagrante delicto ou decorrente da pronuncia, tem sustentado, como condição essencial, a sua *necessidade* ou *conveniencia*, devendo essa condição resultar de provas que convençam de que o réo, por actos que tenha praticado, procurando obstar ou enfraquecer as investigações da Justiça, por falta de interesses que o radiquem no districto da culpa, por preparativos que haja feito para a fuga ou por outras circumstancias semelhantes, não pôde continuar em liberdade sem que prejudique a apuração dos elementos de convicção ou o acabamento do processo, ou venha prejudicar a execução da pena ou mesmo a ordem juridica pela reiteração de acto ou actos da mesma natureza dos imputados, constitutivos de um delicto continuado ou de crimes de especie identica attenta a habitualidade do agente ou a sua grande temibilidade (Sup. Trib. Fed. Acc. de 15 de maio de 1920; Acc. de 24 de julho de 1924; Acc. de 25 de abril de 1927; Acc. de 17 de setembro de 1928; 3.<sup>a</sup> Cam. da Côrte de App., Acc. de 13 de abril de 1928; Sup. Trib. de Just. do Paraná, Acc. de 27 de abril de 1926; Acc. de 12 de fev. de 1926; Trib. de Rel. do Est. de Minas Geraes, Acc. de 25 de set. de 1928) (*Acc. da 1.<sup>a</sup> Cam. da Côrte de App.*, de 20 de dez. de 1929).

VIII. — O criterio da necessidade e conveniencia da prisão preventiva deve ser aferido pelo juizo formador da culpa. Este é que se acha em contacto com os elementos informativos da causa, é que sabe das condições pessoas de delinquente, está em relação directa com as testemunhas. Um juiz que não se encontre nestas condições, em contacto com o processo, que não conheça pessoalmente as difficuldades, os embaraços, os entraves para bem rastrear a verdade, não pôde, como o que está ordenando o processo, ouvindo as partes, inquirindo as testemunhas, recebendo as impressões da causa, de seus protagonistas e de quantos se movem em torno della, saber e julgar até onde vão a necessidade e a conveniencia da prisão preventiva (*Acc. do T. da Rel. de Minas Geraes*, de 9 de março de 1928).

**Art. 61.** Nenhum crime será punido com penas superiores ou inferiores ás que a lei impõe para repressão do mesmo, nem por modo diverso do estabelecido nella, salvo o caso em que ao juiz se deixar arbitrio.

442. — Esta disposição encontra correspondentente na do art. 33 do codigo anterior.

A idéa ahi contida já se acha implicita no art. 1, isto é, só pôde ser punido quem commetteu factio previsto como crime ou con-

travenção e com a pena estabelecida pela lei; por outra, a pena a applicar é a pena *legal* e não *arbitraria* ou escolhida pelo juiz, como o direito medievo permittia. Ha nessa restricção imposta ao julgador uma forte e salutar garantia da liberdade individual, assim posta ao abrigo da surpresa e da violencia. Determinada pela lei, a pena ha de ser applicada nos *limites* e pelo *modo* egualmente por ella estabelecidos, a não ser nos casos em que ao juiz se deixar arbitrio.

Estes limites são os *grãos minimo* e *maximo*, quando o codigo não estabelece pena fixa, e o modo de applicação da pena, entre esses extremos. é eleva-a ao maximo, ou baixa-a ao minimo, ou mantel-a no médio, ou ainda fixa-a no sub-maximo ou sub-médio, conforme a occorrença de circumstancias aggravantes e attenuantes e preponderancia de uma sobre outras, na conformidade do que dispõem os arts. 39 e 62, este ultimo que depois analysaremos detidamente. Graduando a pena por esse modo, o julgador effectua uma operação arithmetica, conduzindo-se sem arbitrio, pelas regras legais. O codigo se afasta assim da maioria dos codigos, que deixam ao juiz a faculdade de graduar a pena nos limites maximo e minimo, e mesmo transpôr o limite minimo, ou commutar a pena em outra em certos casos.

O preceito do art. 61 é imperativo : não admitte modificações quaesquer.

Os casos unicos em que o codigo deixa arbitrio ao juiz são os dos arts. 30 e 399 § 2.º JOÃO VIEIRA aponta tambem o caso do artigo 29. mas ahi não se trata de applicação de pena, e sim de medida de segurança.

No art. 30, ao juiz compete determinar o tempo de internação do menor em estabelecimentos industriaes, comtanto que o recolhimento não exceda a idade de 21 annos ; no art. 399 § 2.º, cabe-lhe egualmente determinar o tempo do recolhimento do menor vadio nos mesmos estabelecimentos, até a idade de 21 annos. Cerceando por esse modo a acção do juiz, o codigo deu applicação maxima ao conhecido brocardo : *Optima est lex quae minimum relinquit arbitrium judicis.*

Com referencia ao art. 33, do codigo anterior, que é correspondente ao art. 61 do vigente, o Sup. Tribunal de Justiça decidiu em 7 de agosto de 1875, que é nullo o julgamento em que a condemnação não corresponde ao artigo da lei, e gráo da pena, e o Avis. de 9 de março de 1850 declarou que ao juiz executor só incumbe a fiel execução das sentenças, não as pondendo alterar para mais, nem para menos.

**Art. 62.** Nos casos em que este codigo não impõe pena determinada e sómente fixa o maximo e o minimo, considerar-se-hão trez grãos na pena, sendo o gráo médio

compreendido entre os extremos, com attenção ás circumstancias aggravantes e attenuantes as quaes serão applicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as regras seguintes:

§ 1.º No concurso de circumstancias aggravantes e attenuantes que se compensem, ou na ausencia de umas e outras, a pena será applicada no gráo médio.

§ 2.º Na preponderancia das aggravantes a pena será applicada entre os grãos médio e maximo, e na das attenuantes entre o médio e o minimo.

§ 3.º Sendo o crime acompanhado de uma ou mais circumstancias aggravantes sem alguma attenuante, a pena será applicada no maximo, e no minimo, se fôr acompanhada de uma ou mais circumstancias attenuantes sem nenhuma aggravante.

443. — Trata o dispositivo do arduo problema da *medida da pena*. Em theoria duas intuições têm sido formadas a respeito: uma, tradicional, imperante na escola classica e nos codigos, a doutrina da *proporção entre a pena e o delicto*, outra, moderna, se affirmando dia a dia nas legislações, primeiramente, como esboço, pelas penas paralelas, depois pela condemnação e soltura condicioaes, pela admonição judicial, etc., a doutrina essencialmente humana, real, da *individualisação da pena*. Pela doutrina tradicional, a pena para ser justo castigo ao mal do delicto, deve guardar com este exacta proporção.

Manifestando-se pelo *tulião*, na fórmula — *olho por olho, dente por dente*, depois pela *composição*, todo o esforço da doutrina foi assentar essa proporção em criterio superior e estavel, esforço improfiquo, por isso mesmo que se tratava de coisas heterogeneas. Recorreu-se, como criterio seguro, á *gravidade* do delicto, considerada ora pelo *damno*, ora pelo *alarme* causados pelo delicto, ora pela *importancia* do dever violado.

A gravidade material do delicto não póde servir de criterio para a proporção da pena, nota GAROFALO, por isso que póde ocorrer quando o agente não se revela um perverso, um temivel, e de outro lado, com tenue *damno* material, se revelar um agente dessa natureza. Acresce notar que semelhante criterio leva ao absurdo de deixar impunes muitos factos delictuosos, que não tinham produzido *damno* algum material, como o caso da tentativa, quando o aggreddido consegue escapar aos golpes vibrados pelo criminoso, na injuria verbal, na ameaça e outros congeneres. Eguamente inefficaz é o criterio do *alarme* e *mão exemplo*, que constituem o *damno indirecto* ou *social*, porque um e outro desses dois conceitos variam com as circumstancias de tempo e de logar, e a importancia do delicto será assim medida segundo a apreciação popular do perigo e

alarme, e não conforme a quantidade verdadeira do mesmo perigo. Também não serve de criterio a importancia do *dever violado*, porquanto, além de ser impossivel graduar em abstracto os differentes deveres, muitos dos quaes não se podem comparar, tem importancia differente conforme as classes a que respectivamente se referem. Como deixou evidenciado IHERING em exacta observação, o principal dever para o *camponez é a defesa da propriedade*; para o *commerciante*, a *defesa do credito*; para o *sacerdote*, a *defesa da viriude*; para o *militar*, a *defesa da honra*; para o *jurista*, a *defesa do direito*, etc. FEURBACH e ROMAGNOSI, collocando-se em ponto de vista mais real, vêm a pena devidamente proporcionada ao delicto, desde que ao desejo ou á impulsão criminosa a pena intervenha como sufficiente contra impulso ou coacção psychologica. A potencia da impulsão criminosa resulta da intensidade do desejo e do gráo de audacia; o conhecimento destes elementos fará medir o gráo da coacção ou *contra-impulsão (contro spinta)*, necessaria.

Esta deverá ser tal que prevaleça sobre aquella por meio de uma accentuada actuação de *vigilancia*, de *perseguição* e de *dôr*. GAROFALO vê nessa duotrina o mesmo que a velha theoria de intimidação com todas as suas absurdas consequencias, como entre muitas outras — fazer do criminoso um instrumento nas mãos da sociedade, que d'elle se serve como de um exemplo aterrador; punir o delinquente, não pelo perigo que d'elle proprio decorre, mas pelo que provem dos outros criminosos, se estes não se mostram sufficientemente intimidados pelo castigo infligido ao primerio; castigar o culpado, antes pelo mal que os outros individuos, estimulados por seu exempló, possam fazer em seu lugar do que pelo mal que elle proprio possa praticar. Reconhecendo que é tentativa vã buscar-se equação ou proporção entre o crime e a pena, e que a medida desta deve ser feita por uma apreciação moral, nota ORTOLAN que “a noção e o limite do *justo* e a noção e o limite do *util* para determinar os actos puniveis e a medida da pena são idéas vagas, susceptiveis de arbitrio e que não ha instrumento physico para reconhecer e para medir o *justo* não mais que o *util*, como se mede o cumprimento ou o peso de um corpo. Sendo abstracções metaphysicas, deduzidas de relações diversas, é á razão humana que compete concebê-las e apreciar-as.

Para medir uma quantidade é mister tomar por unidade uma certa quantidade conhecida da mesma especie e procurar quantas vezes elle se contém naquella que se quer medir. A primeira condição, *sine qua non*, para a possibilidade da medida é a homogeneidade, a perfeita identidade de natureza entre a quantidade, que serve de medida e a que se pretende medir. Ora, sendo a pena um mal, uma *dôr*, e não sendo esta senão um effeito da sensibilidade, que é variavel de homem para homem, e, sendo as causas e os generos das dores tão diversos qual será a unidade que servirá de

medida ? Como fazer uma idéa da intensidade da dôr que comporá esta unidade ? Como se applicará de uma dôr a outra, ou no mesmo genero de dôr um homem a outro homem ?

A' falta de intensidade, que não pôde medir-se, algumas penas fornecem elementos para estabelecer esta medida : a *duração* quanto ás penas susceptíveis de se prolongarem por mais ou menos tempo ; a *qualidade* entre as que consistem na privação de certos bens."

Mas, ainda com relação a estas penas, o mesmo criminalista nota que "a *intensidade* da *afflicção* faz parte da duração, e é ella que se pretende produzir pela *quotidade* dos bens de que se priva o culpado ; ora, se esta intensidade é desigual, se ella cresce ou decresce diversamente á medida que se prolonga, se varia segundo as organizações ou as situações, de um homem a outro homem, a medida não é senão apparente, teremos medido a somma, e seria preciso medir a dôr ; teríamos medido o tempo e é a dôr que é necessario medir.

A conclusão da sciencia é que é mister, neste assumpto, renunciar a toda a pretensão de exactidão mathematica. Tratando-se de uma quantidade moral, a dôr, a afflicção, é por uma apreciação moral que é necessario fazer a medida.

O legislador deverá reportar-se ao sentimento geral, á maneira commum de sentir, e o juiz deverá esforçar-se por ter em conta os sentimentos e as situações individuaes, deixando-se-lhe uma certa latitude para este effeito."

Recallimos assim em puro empirismo, a medida da pena se fazendo conforme o sentimento commum de dada sociedade, em dado tempo.

444. — Os estudos modernso vieram dar á questão solução adequada. Não se trata de procurar equação entre a pena e o delicto, como entidades abstractas, mas de determinar o meio mais adequado de readaptar o delinquente ao meio social, ou, quando não fôr possível, de eliminá-lo, e dest'arte provendo-se á defesa da ordem social. O termo de confronto, pois, é o delinquente que como bem diz WAHLBERG, é o ponto central, em torno do qual devem girar todos os meios que o Estado pôde adoptar para combater a delinquencia. Certo que não pôde ser olvidado o facto delictuoso, pois é o attestado do gráo de revolta do criminoso contra os preceitos da ordem legal ; no facto estuda o juiz o momento criminoso do individuo, e de seu confronto com sua conducta anterior, verifica se aquelle momento é simplesmente accidental ou se ao contrario, é organico á sua personalidade. Em tal pesquisa o que importa medir, diz GAROFALO, não é tanto a intensidade do impulso criminoso, como pretendia ROMAGNOSI, quanto a força de resistencia a esse impulso, isto é, o senso moral do delinquente, o seu gráo de *temibilidade*, ou a uma *perversidade constante e activa*, a *quantidade de mal previsto*

que se póde temer de sua parte”, o meio penal deve ser determinado pela possibilidade de adaptação do delinquente, isto é, pelo exame das condições de existencia nas quaes se póde presumir que elle cesse de ser temivel.

Ora, essa adaptação do meio preventivo á temibilidade do criminoso nada mais é do que a *individualisação da pena* conforme a natureza do delinquente.

Uma dupla questão, pois, implica a individualisação da pena : a distincção dos delinquentes em categorias ou a sua classificação, e a determinação das penas correspondentes a cada categoria da classificação assentada.

Dahi as diversas classificações de delinquentes que têm surgido, destacando-se as de FERRI (delinquentes *natos, loucos, habituaes, occasionaes e passionaes*) ; de WAHLBERG e LISZT (delinquentes de *indole* ou de *estado e momentaneos*), de SALEILLES (delinquentes *natos* ou *hereditarios, violentos, astuciosos, corrompidos, corrigiveis e incorrigiveis*), etc. Dahi a classificação de penas, suggerida por SEUFFERT e aceita por LISZT, de penas de *intimidação*, applicaveis aos delinquentes de occasião ou momentaneos, penas de *correção* applicaveis aos delinquentes susceptiveis de emenda e penas de *segurança* applicaveis aos incorrigiveis ; a classificação de SALEILLES, de penas de *intimidação*, de *reforma* e de *segurança*. Mas se a pena é um instituto que a lei prescreve, o juiz pronuncia e a administração applica ; se cada um intervem em momentos differentes no funcionamento do ministerio repressivo, a individualisação se distingue em *legal, judiciaria, e administrativa*. A’ lei cabe apenas instituir as unidades penaes, como salutar garantia da liberdade individual — *nulla pena sine lege*. Operando sobre theses e generalidades, sobre quantidades e qualidades abstractas, por mais previdente e casuistica que seja nunca podera photographar um homem, nem isolal-o em suas qualidades pessoaes.

De facto, ao lado de uma grande somma de qualidades que todo homem tem em commum com os seus semelhantes e tanto mais semelhantes quanto mais contemporaneos, dispõe elle de numerosas outras qualidades que, por lhe serem exclusivamente individuaes e proprias, o isolam e personalisam no meio dos demais.

Se todos os homens se parecem na humanidade, todos se distinguem na individualidade. O homem é, ao mesmo tempo, elle proprio e toda gente (ESMERALDINO BANDEIRA, GASTON BOISSIER).

Dada essa desigualdade, que importa diversidade de tratamento, só ao juiz, que vê, ouve e estuda cada delinquente, cabe determinar a qualidade de pena instituida pela lei que deve se applicada, e de collaboração com a administração penitenciaria, o regimen respectivo, por isso que só com o tempo é que se póde ajuizar com segurança da indole e tendencias do delinquente, e dest’arte sanar qualquer erro de diagnostico judiciario.

Julgado e condemnado o delinquente, o juiz perde-o de vista durante todo o tempo da pena, e sómente a administração penitenciária é que fica habilitada a julgar da sua corrigibilidade ou não, e determinar o tempo de sua reclusão. Effectivamente, falha será sempre a interferencia da administração penitenciária na obra de readaptação ou eliminação do criminoso, emquanto a medida da pena fôr prefixada pela lei.

Como a convalescença physica, a convalescença moral e muitas vezes impossivel e sempre de prazo incerto e variavel (ESMERALDINO BANDEIRA).

A individualisação tem assim por principal elemento a indeterminação da duração da pena, e como nota SALEILLES é mesmo nessa indeterminação que ella consiste. Essa indeterminação póde assumir as seguintes modalidades, segundo as varias propostas theoricas e applicações praticas : 1.º) *absoluta*, no sentido que se applique a todos os delinquentes e a sentença não assigne limite. E' a fórma mais consentanea com os motivos da pena indeterminada e com sua plena actuação. 2.º) *relativa*, no duplo sentido que a sentença fixe um minimo e um maximo, entre as quaes deve ser comprehendida a duração da pena, e applicavel só a certas categorias de delinquentes (menores e habituaes). E' a fórma que se presta melhor á immediata applicação pratica. 3.º) *absoluta para os delinquentes incorrigiveis*, isto é, aquelles que por inclinação ao delicto podem representar um perigo permanente para a sociedade, e *relativa* para os delinquentes occasionaes ou momentaneos e para os *delinquentes habituaes* culpados de delicto menos grave.

O primeiro congresso penitenciario americano, de Cincinnati, em 1880, agitou a questão das penas de duração indeterminada (*indeterminate sentence*), sendo o instituto, na fórma da indeterminação relativa, adoptado em o Estado de New-York (1877) e depois em 17 outros Estados da Republica Americana. O código penal da Noruega foi o primeiro que na Europa acceitou o instituto da condemnação indeterminada, permittindo, além do livramento condicional, ao juiz estabelecer na sentença que depois do tempo da condemnação, se cumpra uma detenção supplementar, que não deve exceder o triplo da duração da pena principal, desde que se trate de reincidentes julgados perigosos (art. 65).

Na Inglaterra o instituto é admittido para os meiores delinquentes (*Children act*, 1908). Nos projectos suisso e austriaco e tambem adoptado para os menores e delinquentes habituaes.

O congresso penitenciario internacional de Washington (1910), acolhendo o instituto, approvou a seguinte moção : 1.º O congresso approva o principio scientifico da sentença a tempo indeterminado. 2.º A setença a tempo indeterminado deve ser applicada ás pessoas moral ou mentalmente defeituosas. 3.º Demais a sentença a tempo indeterminado deve ser applicada como parte importante do sys-

tema educativo dos criminosos, sobretudo dos jovens delinquentes, para os quaes seja necessario o tratamento educativo e cujos delictos sejam devidos sobretudo a circumstancias individuaes. 4.º A introduccão deste systema dependerá das seguintes condições : a) que as idéas correntes sobre a culpabilidade e a pena não estejam em contradicção com a concepção da pena a tempo indeterminado; b) que se tenha provido ao tratamento individualisado dos delinquentes; c) que o *Board of Parole or Conditional Release* (officio para livramento condicional) seja composto de modo a excluir qualquer influxo externo, em fórmula de uma commissão de que farão parte pelo menos um representante da magistratura, da administração penitenciaria e da sciencia medica. A fixação do maximo da pena não é aconselhavel senão nos casos em que isto se torne necessario pela novidade do systema e a sua sufficiente experimentação.

445. — A maioria dos codigos vigentes, inspirados pelos principios da escola classica, adopta a theoria da proporção da pena e do delicto, e na carencia de um criterio superior, regula a materia diversamente.

Segundo uns, fixados os limites da pena em abstracto para todo o delicto e para toda causa legalmente prevista de augmento ou de diminuição, ao juiz cabe determinar livremente o quantum da pena entre os limites alludidos. E' o methodo adoptado pelos codigos francez, belga, allemão, austriaco, italiano, hollandez, de Zurich. Segundo outros codigos, limitando a mais possivel o arbitrio do juiz, este deve cingir-se a certas regras para determinar em concreto a medida da pena, entre os limites legalmente estabelecidos, medida que é feita por meio de grãos.

E' o methodo adoptado pelos codigos sardo, russo de 1866, hespanhol, de S. Marino, do cantão de Tessino e pelos nossos de 1830 e vigente. Depois de estabelecer no art. 39, as regras da preponderancia ou compensação das circumstancias aggravantes e attenuantes umas em relação ás outras, o nosso codigo, no art. 62, trata especialmente da medida da pena, determinando-lhe os grãos e sua fixação.

A redacção desse dispositivo resente-se da falta de clareza mostrando-se mesmo lacunoso.

Dahi as duvidas que têm surgido já quanto ao numero de grãos, uns entendendo que são trez, outros que são cinco, já quanto a fixação de cada gráo nos limites da pena, já quanto á apreciação do valor das circumstancias aggravantes e attenuantes para a determinação dos grãos. Elucidando em parte o dispositivo, escreve o conselheiro BAPTISTA PEREIRA : "A disposição §§ 1.º e 3.º é explicativa do modo pratico de se applicar as regras que devem ser obser-

vadas no concurso de circumstancias, preestabelecidas já em artigo anterior.

Toda a novidade se encerra na disposição do § 2.º. Na ausencia de circumstancias aggravantes e attenuantes, ou, quando, em concurso de umas e outras, tem lugar a compensação, a pena applica-se no gráo medio. Uma ou mais circumstancia, attenuantes, desacompanhada de uma ou mais aggravantes, determina a applicação da pena no gráo minimo. Uma ou mais circumstancias aggravantes, sem nenhuma attenuante, eleva ao gráo maximo. O § 2.º introduziu no systema da lei um conceito novo, a regra a observar, para applicação da pena, no caso de preponderancia de circumstancias attenuantes ou aggravantes. Estabelecendo uma escala entre o medio e o maximo, e o minimo e o médio, conferiu ao juiz o arbitrio de applicar a pena dentro desses limites, alterando os 3 grãos de pena, que assim foram augmentados com um sub-minimo, comprehendido entre o minimo e o médio, e um sub-maximo entre o médio e o maximo. A innovação não escapou á critica : para certos censores o texto da lei não é sufficientemente claro ; segundo outros os dois sub-grãos estabelecem a confusão na applicação da lei. E' antes uma questão de methodo do que de doutrina. A supposta confusão desaparece, se attender-se que a disposição applica-se só na preponderancia de circumstancias concorrentes pelo que com os tres grãos, que constituem a regra geral, se conciliam os dois sub-grãos, que prevalecem como um criterio especial."

Temos por consequente, tres grãos, que são o *maximo*, o *medio* e o *minimo*, dois sub-grãos que são o *sub-maximo* e o *sub-medio*.

Esta graduação tem lugar, segundo o art. 62, quando a pena não fôr fixa, fixidez que se verifica nos casos dos arts. 66 §§ 2.º e 3.º e 403.

O gráo *maximo*, que, como a propria denominação indica, assignala o limite maior da pena, tem lugar quando o crime fôr acompanhado de uma ou mais circumstancias aggravantes sem alguma attenuante.

O gráo *minimo*, limite menor da pena, tem lugar quando o crime fôr acompanhado de uma ou mais circumstancias attenuantes sem nenhuma aggravante. E' a regra do § 3.º do art. 62, cuja applicação não offerece duvidas, por isso que os extremos maximos e minimos vêm sempre fixados pela lei em relação a cada infracção.

Quanto ao gráo *medio*, diz o art. 62 que é o gráo *comprehendido entre os extremos*, dicção que não determina com clareza a fixação desse gráo, pois o estar comprehendido se applica a qualquer das situações entre os extremos; a denominação porém, de *medio* indica que o gráo deve ser equidistante dos extremos. Obtem-se o medio pela conhecida operação arithmetica de sommar o maximo com o minimo e dividir a somma por 2. Assim, no caso do art. 304, o médio será :  $6 + 2 \div 2 = 4$  annos de prisão celluar. O § 2.º do

art. 62 estabelece que a pena será applicada quando concorrerem circumstancias aggravantes e attenuantes que se *compensem* ou na *ausencia* de umas e de outras, e o art. 39 que a compensação se verifica quando as circumstancias são da mesma *intensidade* ou *importancia* ou de *igual numero*.

Ficam, pois, fóra da regra desses artigos, os casos em que as circumstancias *não admittam compensação* e em que o *numero destas fôr desigual*.

Como nota JOÃO VIEIRA, sem haver preponderancia de circumstancias, podem occorrer algumas que não admittam compensação. Por outro lado não se tratando de circumstancias preponderantes, o numero igual ou desigual não deve ter influencia para elevar ou diminuir o gráo da pena que deve ser, o que chamamos normal, o *medio*. E' questão antes qualificativa do que quantitativa a elevação e abaixamento do gráo da pena, isto é, em sua causa, porque o effeito é uma pena maior ou menor.

Não se cogita do caso de circumstancias em *numero desigual*, attribuindo-lhe qualquer effeito, hypothese que não deve deixar de ir para o médio, desde que não haja preponderancia de aggravantes ou attenuantes. A redacção do § 1.º do art. 62, por defeituosa, póde auctorisar a intelligência de que o médio, em caso de ausencia de circumstancias aggravantes e attenuantes, se verifica quando a ausencia é de circumstancia que se *compensum*: mas tal restricção não se coaduna com o espirito da disposição, que é pela applicação da pena no gráo médio, desde que não intervenham circumstancias aggravantes e attenuantes. Segundo o § 2.º do art. 62 combinado com o art. 38, a pena será applicada no *sub-maximo* no caso de preponderancia das circumstancias aggravantes sobre as attenuantes, ou porque ficou demonstrada a perversidade do réo, a extensão do damno e intensidade do alarme social, ou porque o réo era affeito a pratica de acções más os desregrado de costume. E' applicada no *sub-médio* quando mais valor tiverem as attenuantes sobre as aggravantes reconhecidas, ou porque o crime não revestiu-se de perversidade, ou porque o réo não estava em condições de comprehender a gravidade do perigo da situação a que se expunha, nem a extensão e consequencias de sua responsabilidade. O codigo adopta assim varios criterios para medir a pena e a adopção desses dois sub-gráos, não reconhecidos no codigo anterior, constituo, não ha duvida, um progresso, mais elementos propocionando ao juiz para medir, com justiça, a pena.

O codigo não fixa devidamente esses dois sub-gráos porque diz que na preponderancia de aggravantes a pena será applicada entre os gráos médio e maixo e na das attenuantes entre o médio e o minimo. Dahi a diversidade de inteligencia dada ao texto legal.

O Tribunal de Justiça de S. Paulo, apreciando o caso de dever ser imposta a pena entre os gráos médio e minimo, decidiu que não

se devia seguir a regra do meio termo, e, sim condemnar o réo um pouco acima do mínimo, accrescentando, por exemplo, um mez de prisão.

Ficava portanto livre aos juizes avaliar a *maior* ou *menor* preponderancia das circumstancias para graduarem a pena, como lhes parecesse, entre os grãos medio e minimo (*Acc.* de 3 de outubro de 1893). Certo que esta interpretação mais elasterio dá á applicação da pena que assim poderia ser, tanto quanto possível, individualisada ou adaptada ao delinquente; mas tambem é certo que não se coaduna com o systema adoptado pelo legislador, onde tudo é pesado e medido, e o arbitrio concedido ao juizo, como restricta excepção, deve vir expresso (art. 61). O proprio Tribunal de Justiça de S. Paulo isto mesmo reconhecendo, mudou de jurisprudencia adoptando a regra de meio termo para a gradação da pena, quer entre o maximo e o médio, quer entre o médio e o minimo, conforme prevalecerem as aggravantes sobre as attenuantes, ou estas sobre aquellas, deixando de lado a questão da maior ou menor preponderancia de uma sobre as outras circumstancias, como se verifica dos julgados de 6 de março, de 3 de abril e de 7 de dezembro de 1894 e outros.

Assim, para se determinar o sub-maximo divide-se por dois a somma do maximo com o médio, e da mesma fórmula para se determinar o sub-médio, divide-se por dois a somma do médio com o minimo.

No caso do art. 294, §. 1.º, por exemplo, como o maximo é trinta annos de prisão cellullar e o médio 21 annos, o sub-médio será  $30 + 2 \div 2 = 25$  annos e 6 mezes de prisão cellullar.

Como o minimo é 12 annos, o médio 21, teriamos para sub-médio:  $21 + 12 \div 2 = 16$  annos e 6 mezes. ESCOREL encontra apoio no proprio texto legal para esta interpretação.

“Nada mais logico, diz elle. Não é possível dar significados differentes á expressão — *entre* — na mesma disposição.

Se não é essa a interpretação que deve ser dada á disposição do § 2.º, se o juiz póde applicar *qualquer* pena *entre o maximo e o médio*, e *entre o minimo e o médio*, então o *médio*, de que falla o Codigo, na primeira parte do art. 62, é qualquer pena *entre o maximo e o minimo*, o que não está no artigo citado, nem se conforma absolutamente com o pensamento do legislador.”

**Art. 63.** A tentativa do crime, a que não estiver imposta pena especial, será punida com as penas do crime, menos a terça parte em cada um dos grãos.

**Art. 64.** A cumplicidade será punida com as penas da tentativa, e a cumplicidade da tentativa com as penas desta, menos a terça parte. Quando, porém, a lei im-

puzer á tentativa pena especial, será applicada integralmente essa pena á cumplicidade.

**Art. 65.** Quando o delinquente fôr maior de 14 e menor de 17 annos, o juiz lhe applicará as penas da cumplicidade.

446. — Poucos são os escriptores classicos, como FILANGIERI, e os codigos, como o francez, que assimillam a tentativa ao crime consummado para o effeito da punição; a *communis opinio*, com reflexo na maioria das legislações, é pela punição menor da tentativa.

Argumenta-se que a pena tem como presuppuestas não só a criminalidade da intenção revelada pelo facto delictuoso, mas tambem o prejuizo que causa, o perigo que produz, o alarma que diffunde: em uma palavra a perturbação da ordem social. Ora, na tentativa, desde que a gravidade material não é evidentemente a mesma que a do crime consummado, a pena a impôr a uma e outra dessas modalidades não póde ser a mesma. Se perante a justiça absoluta tão culpado é o que tenta, como o que consumma o crime, o mesmo não acontece perante a justiça social, attenta a diversidade do resultado (HAUS, GARRAUD, ROSSI, etc.).

Os nossos codigos, de 1830 e o vigente suffragaram esta doutrina, punindo em geral a tentativa com pena menor. Segundo o art. 63, do codigo vigente, a pena a impôr á tentativa, em regra, é a mesma do crime, *menos a terça parte em cada um dos grãos*.

Como excepção, resalva os casos em que a tentativa é punida com pena especial, erigida como é, então, em delicto *sui generis*. Esses casos são os dos arts. 87, pr., 107, 108, 115, §§ 1 a 3, 127, 128, § 2, 129 e 132, § 1<sup>o</sup>.

No caso do art. 360, a tentativa é punida com as penas do crime. O codigo não levou a doutrina a todas as suas consequencias, pois não distingue a tentativa do crime falho, condensando as duas figuras em uma só, a da tentativa, e de outro lado declara impune a tentativa de crime a que não esteja iimposta maior pena que a de um mez de prisão cellular (art. 16).

447. — A disposição do art. 64, estabelecendo as penas a impôr á cumplicidade e á tentativa da cumplicidade, funda-se nas mesmas razões que dictaram a do art. 63, e que apreciamos anteriormente (n. 446). Partindo da consideração de que o autor age como causa e o cumplice como condição do crime, aquelle cooperando directa e principalmente, este indirecta e accessoriamente, distincção aliás sem cunho scientifico, como já mostramos, ao commentarmos os arts. 18 e 21, a diversidade de efficiencia do cumplice e do autor na produção do evento criminoso, acarreta a diversidade de pena. Para o effeito da penalidade o codigo assimila o cumplice ao autor

da tentativa, considerando a cumplicidade como produzindo os mesmos efeitos alarmantes da tentativa.

O cúmplice é, pois, punido com as penas do crime, menos a terça parte em cada um dos graus.

Esta regra soffre, porém, excepção nos casos em que a lei impuzer á tentativa pena especial, porque, então, esta pena será applicada integralmente á cumplicidade.

Considerando ainda de menos effiçencia e de menos alarma a acção do que tenta cooperar como cúmplice, sujeita-o á pena deste, menos a terça parte.

O código anterior punindo tambem a cumplicidade com as penas da tentativa, fazia uma excepção no art. 263, punindo os cúmplices da bancarrota fraudulenta com a mesma pena dos autores. Essa disposição foi eliminada pelo código vigente.

Questão que se agitava no dominio do anterior código, e pôde ser aventada no do vigente, é a de saber se não sendo passivel de pena a tentativa de crime a que não esteja imposta maior pena que a de um mez de prisão cellular (art. 16), deixa de ser impune a cumplicidade desse crime? THOMAZ ALVES opinava pela affirmativa, argumentando que se a pena da cumplicidade é a da tentativa, se a da tentativa nesse caso não tem applicação, segue-se que tambem não terá a da cumplicidade.

E com mais forte razão impune deve ficar a cumplicidade de tentativa no mesmo caso. JOÃO VIEIRA opina em sentido contrario, entendendo que a disposição do art. 2, § 2.º, segunda parte do anterior código, correspondente á do art. 16, segunda parte do vigente, só é applicavel á *tentativa* e não á *cumplicidade*, de que o legislador não cogitou, sendo as excepções sempre de natureza restricta.

448. — A disposição do art. 65 está revogada pelas que regulam actualmente a situação dos delinquentes menores de 18 annos (Vide n. 226).

**Art. 66.** Na applicação das penas serão observadas as seguintes regras:

§ 1.º Quando o criminoso fôr convencido de mais de um crime, impôr-se-lhe-hão as penas estabelecidas para cada um delles.

§ 2.º Quando o criminoso tiver de ser punido por mais de um crime da mesma natureza, commettidos em tempo e logar differentes, contra a mesma ou diversa pessoa, impôr-se-lhe-ha no gráo maximo a pena de um só dos crimes, com augmento da sexta parte.

§ 3.º Quando o criminoso, pelo mesmo facto e com uma só intenção, tiver commettido mais de um crime, impôr-se-lhe-ha no gráo maximo a pena mais grave em que houver incorrido.

§ 4.º Si a somma accumulada das penas restrictivas da liberdade, a que o criminoso fôr condemnado, exceder de 30 annos, se haverão todas as penas por cumpridas, logo que seja completado esse prazo.

Decr. n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923

Art. 39. Substitua-se a disposição do art. 66, § 2.º, do Código Penal pela seguinte:

Quando o criminoso tiver de ser punido por dois ou mais crimes da mesma natureza, resultantes de uma só resolução contra a mesma ou diversa pessoa, embora commettidos em tempos differentes, se lhe imporá a pena de um só dos crimes, mas com o augmento da sexta parte.

449. — Occupa-se o dispositivo do concurso de delictos e de penas, assumpto que tem dado logar a divergencias accentuadas na doutrina, com reflexo na pratica de julgar. Para a devida comprehensão do texto legal, é necessario ver qual a solução mais racional que tem sido dada aos dois pontos que envolve a questão do *concurso delictorum*, a saber: 1) quando ha pluralidade de acções delictuosas concorrentes; 2) como regular a consequente concorrencia de penas, ponto que constitue a essencia mesma da theoria do *concurso delictorum*.

450. — Para resolver o primeiro ponto, é necessario distinguir bem claramente, como fazem os criminalistas allemães, a *unidade simples* ou *natural*, a *unidade complexa* e o *concurso de delictos*.

#### a) UNIDADE SIMPLES OU NATURAL DE DELICTOS

Consistindo o delicto na acção commissiva ou omissiva, isto é, na mudança operada no mundo exterior e referivel á vontade humana, é bem de ver que a unidade de acção importa na unidade de delicto.

Assim, diz LISZT, ha um só delicto quando por um só *acto voluntario* é produzido um só *resultado*, por exemplo, um individuo é morto por um tiro de revólver ou em razão da continuada privação de alimentos por parté de quem estava obrigado a alimentar-o.

A unidade da acção se verifica tambem quando ha *pluralidade de actos*, mas *unidade do resultado* produzido ou sómente representado (na tentativa). Se no caso occorrente deve admittir-se ou não unidade do resultado, é questão que se aprecia segundo estas regras:

1) Quanto aos bens juridicos, que sómente podem ser offendidos ou compromettidos na pessoa de quem os tem (como a vida, a

honra, a liberdade nas relações sexuaes), é a singularidade ou a pluralidade de pessoas atacadas, que decide da unidade ou da pluralidade do resultado.

Se A mata B a golpes de machado ou com uma torrente de palavras o injuria, a unidade da acção resulta da unidade do resultado.

2) A questão torna-se mais difficil em relação aos bens que são separaveis da pessoa que os possui, ou que sómente nessa separação são susceptíveis de offensa, ou podem ser postos em perigo.

Indubitavelmente dá-se um só damno real, no caso da destruição a marteladas de uma estatua de marmore, como tambem ha uma só acção na tiradã de varias coisas, que foram singularmente transportadas, na damnificação de varios objectos por meio de golpes reiterados, ainda quando as coisas tiradas ou damnificadas pertencam a diversos proprietarios. A unidade do resultado provém, neste caso, do facto de se acharem os objectos reunidos no mesmo logar, por exemplo, no mesmo mostrador, na mesma estalagem.

3) Sob este ponto de vista os direitos de autor equiparam-se aos direitos patrimoniaes. O numero de pessoas offendidas não é aqui circumstancia decisiva; sirvam de exemplo as collectaneas ou compilações que se formam com excerptos de varios autores.

4) A lei mesma, servindo-se de expressões que comprehendem muitas acções singulares, não raro indica que se deve considerar como unidade a pluralidade.

Assim, os arts. 10 e 11 da Lei n. 1.785, de 28 de novembro de 1907, derogatoria dos caps. 1.º e 2.º, do tit. 6, do nosso Codigo Penal, não fallam em contrafazerem-se algumas moedas ou alguns papeis de credito publico, mas em contrafacção da moeda e do papel de credito publico em geral; os arts. 266, § unico, do Codigo Penal e art. 1.º, da Lei n. 2.992, de 25 de setembro de 1915, empregam o plural — *actos de libidinagem, actos deshonestos*.

Em taes casos, nota LISZT, não é corrente ou pelo menos induz em erro, dizer que dá-se uma *unidade legal*, como faz VON BURI, pois a unidade não é sómente creada pela lei, funda-se tambem na *indivisibilidade do resultado*: dá-se um caso de unidade natural de acção.

5) Entra tambem no caso de unidade de acção pela unidade de resultado, o crime *continuo* ou *permanente*, isto é, a pratica não interrompida da acção que constitue o crime, como privar alguém de sua liberdade em carcere privado, ou conservar a pessoa em sequestro por tempo menor ou maior de 24 horas (art. 181), o adultério por parte do marido (art. 279, § 1.º), etc.

O mesmo procede, posto que por outras razões, a respeito dos crimes que cream um estado ou situação, nos quaes, como na polygamia (art. 283), não se toma em consideração a situação continua e illegal que resulta do acto concluido.

LISZT ainda considera como casos de unidade natural aquelles em que ha *unidade de acto voluntario* mas *pluralidade de resultados*.

Exemplos: uma palavra offende a varios individuos, um tiro fere varias aves de caça, uma omissão culposa occasiona a morte de diversas pessoas. A diversidade mesmo dos resultados produzidos, diz elle, nada faz ao caso. Se a pedra lançada matou um homeni, feriu um outro e despedaçou um vidro, podemos dizer que se deu uma acção com varios resultados, mas não que se déram varias acções.

#### b) UNIDADE COMPLEXA DE DELICTOS

451. — *Haunidade complexa* quando uma pluralidade de acções naturaes é tratada pela lei como um só crime.

Em taes casos a unidade deve ser considerada e tratada como tal sob todas as relações jurídicas, como tempo e logar, applicação da lei mais branda, aggravação de todas as acções pela aggravação de uma dellas, salvo se justamente pela aggravação de uma das acções cessar a unidade, cumplicidade, computação do tempo da prescripção, do prazo para offerecer queixa, etc.

Como casos mais importantes dessa unidade creada pela lei, apontam-se as seguintes:

1.) O *crime continuado*, que, como ficou delineado pelos antigos praticos e modernos tratadistas italianos, é qualificado em diversos codigos e projectos (codigos toscano, art. 80, italiano, art. 79, hollandez, art. 56, de S. Marinho, art. 46, n. 3, uruguayo, art. 80, projecto MANCINI, art. 83, projecto ZANARDELLI, art. 74), consiste na pratica interrompida e reitierada da acção que o constitue, ou é aquelle que apresenta uma pluralidade de acções que externa ou materialmente consideradas deveriam constituir outros tantos crimes da mesma especie, mas que se punem como um crime unico. attenta a unicidade de resolução.

*“Più violazioni della stessa disposizione di legge, anche se commesse in tempi diversi, con atti executivi della medesima risoluzione. si considerano per un solo reato; ma la pena é aumentata da un sesto allá metà”* (codigo italiano. art. 79).

Exemplos: o adulterio de A e C os leva a uma série de relações illicitas; durante noites successivas D abusa de um menor; E emette pouco a pouco o dinheiro falso que obteve; o criado tira diariamente um charuto da caixa que pertence ao anno (LISZT). Assim, no crime continuado. temos como elementos integrantes, os seguintes:

a) *Pluralidade de acções*, que não se deve confundir com os *actos*, como já mostramos, commentando o art. 1.º, cada uma dessas acções configurando o crime.

Salientando bem essa condição, a proposito do furto, diz CARRARA:

“In tema specialmente di furto non é possibile trovare continuazione di delitto nella mera ripetizione di *atti* dove non é ripetizione de *azioni*. La repetizione degli atti é cosí connaturale al furto e quasi da lui inseparabile... Quando i fatti criminosi sono separati da un intervalo, come se il ladro dopo aver da una casa portato via un oggetto e vi ritorna e prende altro oggetto, la soluzione non é dubia: sono due delitti. Possono giuridicamente unificarsi per la continuazione, mercê il nesso ideologico della unica resolução criminosa. Ma sotto il ponto di vista materiale sono due azioni criminosas distintas. Quando però non vi fu interrupción ne tempo ne di luogo, e tutti gli atti si susseguirono constituendo una medesima azione, é allora che surge ragione di distinguere la pluralità degli atti dalla pluralità delle azioni.” Segundo a opinião dominante, podem constituir crime continuado diversas tentativas, mas não uma tentativa e um crime consummado, porque a consummação objectiva, propria do crime consummado, não é a repetição da consummação subjectiva, propria da tentativa (CARRARA, FLORIAN).

b) *Unidade de disposição legal violada*, que se verifica quando as acções criminosas são constituídas de identicos elementos moraes e physicos, definidos na *mesma disposição juridica*, ou segundo o nosso codigo, no *mesmo artigo* (art. 40), pouco importando se as violações forem de numeros, letras ou paragraphos diversos, pre-  
vendo certas accidentalidades do mesmo factu (MANZINI).

c) *Unidade de resolução*, que segundo CARRARA, não deve ser entendida com rigor ideologico, bastante sendo que haja *unidade generica*, que sem ambiguidade se poderia designar por *unidade de designio*. No caso do creado que, obtendo uma chave falsa do cofre do patrão para lhe roubar dinheiro aos poucos, em cada vez que elle assim procede, podia se ver em rigor uma nova resolução, por isso que cada uma exige novo acto de vontade, entretanto, se considera todos esses actos como resultado de unica resolução criminosa, por causa da unidade da resolução generica de roubar daquelle cofre quantas vezes desejasse ou se offerecesse oportunidade.

As diversas determinações especiaes são sempre realizações, desenvolvimentos da primeira. Como pondera DURÃO, a determinação generica, de que as determinações successivas e especiaes não são mais do que actuações e desenvolvimentos, tem a virtude de revestir as diversas acções homogeneas de uma só feição juridica, pois que unicamente o primordial designio, a fonte de onde emanam todas as acções, é que póde ser contado no calculo da imputação.

As diversas acções são como contas eguaes engrazadas num só fio, ou os multiplos flosculos de certas flores.

2.º) *Crime composto* que se verifica quando a lei fôrma de duas acções illegaes dirigidas contra bens juridicos diversos uma só figura criminal. Assim, uma das modalidades da figura do roubo, segundo o nosso codigo, compõe-se do furto e do constrangimento (arts. 356 e 357), o estupro, da violencia e da offensa á honra da mulher (art. 268).

3.º) *Crime colectivo*, ou série de acções singulares, que, oriundas da mesma orientação pratica, a lei reprime com uma só pena.

Pertencem a esta categoria: a) o crime como *profissão* ou como *industria*; b) o crime como *ocupação* que compartilha com o profissional a resolução tendente á frequente repetição do facto, mas delle se distingue em que não se faz mister tenha o agente a intenção de obter uma fonte de receita; c) o crime por *habito*, que se verifica quando a repetição do facto fortalece a instigação ao crime e diminue a força de resistencia. Em todos estes casos basta, para a punição do agente, que dados os demais requisitos, seja submettida ao conhecimento da justiça *uma* acção punivel, as demais sendo tambem objecto do processo e da sentença, embora ignoradas; a sentença, com força de coisa julgada, impede que tenha logar qualquer procedimento ulterior com relação a alguma de taes acções que depois venha a ser conhecida (LISZT).

#### c) CONCURSO DE DELICTOS

452. — A apreciação dos casos de unidade simples e de unidade complexa deixa ver, por via de exclusão, quando ha pluralidade de crimes ou pluralidade de acções criminosas.

Esta pluralidade se verifica quando ao mesmo agente se imputam diversas acções delictuosas distinctas e independentes, natural e legalmente. Dois casos ha a considerar na pluralidade de crimes, a saber: a) o agente quando commette o ultimo crime já se acha condemnado por um ou mais dos crimes precedentes. E' o caso da reincidencia *generica* ou *especifica*; b) o agente commettendo diversos crimes, não foi julgado por nenhum delles. E' o caso do *concurso de crimes*, buscando a theoria respectiva como melhor determinar a concorrencia resultante das penas a applicar. O traço differencial, pois, da reincidencia e do concurso de crimes está na existencia de uma sentença definitiva, que implica aquella fôrma de concorrencia.

453. — Distingue-se o concurso em *ideal* ou *formal* e *real* ou *material*.

Dá-se o concurso ideal ou formal, chamado tambem *concursum delictorum simultaneus*, quando uma mesma acção se apresenta como violação de mais de uma lei penal, e assim parecendo constituir mais

de um delicto. Diz-se *ideal* porque sendo unica a acção, não se pôde fallar de concorrência material, mas sómente de concurso em uma idéa. Os praticos chamavam-n'o concurso *formal*, por identico motivo, visto sómente assumir a apparencia de um concurso de delictos.

No concurso formal os resultados podem ser da mesma ou diferente especie. Assim, se o agente com um tiro de revólver mata diversas pessoas, ou com uma só palavra injuriosa offende mais de uma pessoa, é culpado, no primeiro caso, por mais de um homicidio, e no segundo, por mais de uma injuria.

Ha resultados diferentes, por exemplo, no caso do individuo que violentamente tem relações sexuaes com a propria filha casada, pois ahi se verificam o estupro e o adulterio.

O concurso é *real* ou *material* quando diversas acções, de existencia propria e constituindo outros tantos crimes, são imputadas ao mesmo agente, e sem que por alguma dellas tenha sido julgado.

Neste concurso, se os crimes são homogeneos ou da mesma especie, diz-se que ha *reiteração*. Exemplos: a falsificação successiva de moedas, de bilhetes de banco, de sellos; o uso repetido de um documento falso; os mesmos roubos, etc.

Se os crimes são heterogeneos ou de especies diferentes, diz-se que ha *accumulo* ou *accumulação*

Assim, a differença entre concurso ideal e concurso material está em que naquella ha unidade de acção, mas pluralidade de violação da lei, e neste ha pluralidade de acções e de violação da lei. Na pratica nem sempre é facil distinguir o concurso ideal do material, por isso que a acção sendo frequentemente complexa, algumas vezes separando uma parte se tem concurso material, e ao envez considerando-a no seu conjuncto se tem concurso ideal. Diversos tratadistas impugnam mesmo a distincção entre concurso formal e concurso material.

Assim, VON BURI sustenta que haja ou não pluralidade de acções, o concurso de delictos se verifica quando ha pluralidade de lesões juridicas, e ao mesmo tempo uma pluralidade de causalidade, e, pois, pluralidade de determinações delictuosas, quer as lesões sejam homogeneas, quer heterogeneas.

LISZT egualmente não acceita a distincção, só admittindo o concurso real, por isso que consistindo o crime em uma acção commissiva ou omissiva, só pôde haver pluralidade de delictos quando ha pluralidade de acções. O chamado concurso *ideal homogeneo* vem a ser uma pluralidade de resultados homogeneos, comprehendidos na mesma lei, que só uma vez pôde ser applicada, e o concueso *ideal heterogeneo* é uma méra concorrência de varias leis penaes offendidas e não concorrência de crimes.

Outros admittindo a distincção, divergem já no determinar os extremos do concurso ideal, já quanto á penalidade.

Enfileirando-se o nosso código entre os códigos que admittem a distincção, necessario é ver qual a doutrina e quaes as fontes a que se soccorreu, para a sua devida apreciação.

454. — CARRARA, seguido por PESSINA, CRIVELLARI, CANONICO; HAUS, JOÃO VIEIRA, JOÃO ROMEIRO e outros, distingue no concurso formal duas modalidades, a saber: a que resulta da *unidade ontologica*, e a que resulta da *unidade ideologica*.

A primeira modalidade se verifica quando, com uma só acção e uma só intenção, o agente viola diferentes relações de direito, de modo a ficar a acção sujeita á punição por diferentes razões de direito.

Assim, no caso do funcionario que subtrahе ou distrahe dinheiro ou outros bens, dos quaes tenha a guarda ou administração ou o deposito, em razão de seu cargo, ha violação do direito de propriedade e do direito que tem o Estado á fidelidade dos depositarios dos bens publicos, mas um crime apenas se reconhece, o *peculato*.

A outra modalidade do concurso formal, resultante da *unidade ideologica*, se verifica quando o agente commette um crime como meio para commetter outro, que é seu fim unico.

Neste caso não ha duvida que ha duas violações da lei penal, mas que, por effeito do vinculo que as une, passam a formar um só todo na consciencia do agente. O nexο, entre o crime que serviu de meio e aquelle que constituiu o fim do delinquente, unifica as duas violações em um só crime, que se pôde dizer complexo.

Para caracterisar este crime, cumpre distinguir: se o direito violado, como *meio*, era menos importante, ou de igual importancia que o direito a cuja lesão, como *fim*, tendia o agente, neste caso o crime, que serviu de meio, se contem, como auxiliar e formulativo, no outro e agrava-lhe a imputação, podendo tambem mudar-lhe o nome, mas com elle se confundindo sem mudal-o de classe, como no furto com arrombamento; ou o crime, que serviu de *meio* era mais grave do que aquelle que o agente se propunha como *fim*, e então a acção sáe da classe do delicto — fim para entrar na classe a que pertence a infracção que serviu de meio, e ás vezes conserva o nome que lhe dava a violação usada como meio, como o incendio com o fim de furto, e outras vezes muda tambem o nome, como o homicidio com o fim de furto, que toma a denominação de latrocínio.

Assim, é pela unidade do fim que se determina a unidade do delicto. Se o agente, com o seu facto unico, tinha em vista diversos fins, tantos são os crimes quantos forem os fins; se, ao contrario, com o seu facto unico, o agente tendia a um só fim, o crime é unico, absorvendo o crime-fim o crime-meio, segundo a distincção feita. Como se vê, ambos os casos importando substancialmente

um só delicto, não dão lugar ao regimen do concurso, mas a applicação de uma só pena, a estabelecida para o resultado mais grave.

Esta theoria, especialmente quanto á unidade ideologica, soffreu forte impugnação, argumentando-se que nesta modalidde não ha concurso formal, mas real de delictos, por isso que não existe unicidade de intenção, comquanto o escopo final sêja unico: o delinquente quer e obtem diversos effeitos criminosos, pouco importando que, no seu plano, estejam subordinados uns aos outros.

Dentre os oppositores da theoria, é de destacar especialmente IMPALLOMENI, que por sua vez desenvolveu outra, que accentuada influencia exerceu na elaboração do codigo italiano, uma das fontes do nosso na materia.

455. — Adoptando a theoria de VON BURI (n. 453), mas com rectificações accentuadas, IMPALLOMENI vê o criterio para distinguir a unidade da pluralidade de delictos, não no *fin* visado pelo agente, mas no resultado, na *objectividade* real. Toda a violação da lei dá lugar a um *effeito*, uma modificação no mundo exterior, quer seja material, quer seja moral. O effeito é *natural*, quando consistente no damno immediato, e *politico* quando consistente no damno moral. E como sempre que se produz um damno contra um bem juridico, ha uma lesão juridica, tem-se como termos equivalentes o *effeito* natural e a lesão juridica.

Não basta, porém, uma pluralidade de lesões juridicas para constituir uma pluralidade de crimes, necessario sendo que concorra tambem a pluralidade de resolução delictuosa.

Para distinguir em que casos uma pluralidade de lesões juridicas, produzida por uma acção, seja acompanhada de uma intenção só ou de muitas intenções, é necessario ter em vista a unidade ou pluralidade da *objectividade real*; que CARRARA chama *objectividade material*, denominação esta que é equivocada, porque o objecto immediato da actividade delictuosa póde ser um ente material como um ente moral. A *objectividade real* está no resultado do facto, no effeito, naquillo que o agente tem em vista produzir no mundo material ou no mundo moral. Tal é a ferida no crime de *lesões corporaes*, a tirada de objectos da esphera da actividade de seu possuidor, no *furto*, o impedimento de um acto de justiça na *resistencia*, a offensa á honra de outrem na *injuria*, etc.

A *objectividade real* referindo-se ao resultado, ao damno effectivo ou potencial, não é a mesma cousa que a *objectividade ideologica*, que está no *designio* do agente, e a *objectividade juridica* que assenta no direito violado. A *objectividade real* existe algumas vezes distinctamente da *objectividade final* ou ideologica, e algumas vezes se identificam.

No homicidio para roubar, por exemplo, o objecto real é a *morte*, mas o escopo está no lucro illicito; no furto, ao envez, objecto real e final do delicto é o lucro illicito.

Com a objectividade juridica se identifica a objectividade real no delicto, no sentido que esta consiste sempre em um damno, isto é, em uma lesão de direito; mas a unidade de objectividade real não importa constantemente unidade de lesão juridica, porque pôde tambem importar a violação de normas juridicas diversas.

Assim, no incesto commetido pela mulher casada, objecto real do delicto é sómente o illicito contacto sexual, mas com isto são lesados dois direitos, o universal que têm os cidadãos a que seja respeitada a ordem da familia, e o particular do marido ao exclusivo contacto sexual da mulher.

O mesmo deve-se dizer da objectividade ideologica ou final em relação a real. Se um homem fere uma mulher grávida com o fim de fazel-a abortar, unica objectividade ideologica de tal acção delictuosa é o aborto, porque só este é o fim ultimo do agente; mas duas são desse mesmo facto as objectividades reaes: a *lesão corporal* da mulher e o *aborto*, porque dois são os resultados de facto, os effeitos que o delinquente se propôz realisar. Em outros termos, o fim ultimo do agente constitue a objectividade ideologica do maleficio, ao passo que a objectividade real assenta no fim immediato e tambem no facto mediato ou ultimo do agente, concretisando-se no *effeito criminoso* por elle querido. E como a intenção criminosa está no proposito, na deliberação de traduzir em acto a representação de um effeito contrario á lei penal, tantas serão as intenções quanto ás objectividades reaes. Consequentemente, quando de uma unica acção delictuosa promanam diversas lesões juridicas, serão diversos os crimes se concorrer mais de uma objectividade real; e de outro lado, tem-se um crime só, não obstante a pluralidade de lesões juridicas, quando se identificar a objectividade real e a ideologica do maleficio.

456. — Pela letra e pelo historico da elaboração do codigo italiano, verificamos que adoptou a theoria desenvolvida por IMPALLOMENE.

Em seu art. 78, estabelece assim a norma do concurso formal: "*Colui che con un medesimo fatto viola diverse disposizioni di legge, è punito secondo la disposizione che stabilisce la pena più grave.*" Duas são, pois, as condições que estabelece para a preponderancia da pena mais grave, a saber: 1.º) unidade de facto; 2.º) diversidade de disposições de lei violadas, ou equivalentemente, concurso de titulos diversos de infracções emergentes de um *unico facto*. Diversificando do codigo toscano e de todos os projectos até ao de ZANARDELLI em 1887, o codigo não usa mais do termo — *acção*, por elles empregada, mas do termo — *facto*, e nessa substituição temos a adopção de um conceito differente da figura delictuosa, tomado o termo — *acção*, segundo os tratadistas italianos, para significar apenas a actividade criminosa, e não tambem o resultado. Na Relação minis-

terial sobre o projecto de 1887, considerava-se o termo — *facto* “mais comprehensivo de todos os elementos de infracção (*reato*), tanto no sentido positivo, quanto no sentido negativo.”

Como nota IMPALLOMENI, a *acção* se distingue do *facto* pois aquella é a causa, e este o resultado e a causa ao mesmo tempo que o produziu. Assim, se com uma só *acção* se produziu um só resultado de *facto*, tem-se uma só infracção; se foram produzidos mais resultados de *facto*, tem-se diversas infracções.

A pluralidade de factos, pois, póde originar-se de uma só *acção*. Mas para haver unidade de delicto, é necessario associar o resultado ou resultados operados, com a intenção do agente, consoante a regra geral do art. 45 do código italiano. E, então, se com um só *facto* ou um só effeito real, foi querida uma só modificação no mundo externo, tem-se um só delicto; se foram produzidos diversos resultados, embora e muma só *acção*, e se o agente quiz produzir mesmo mais de um resultado, tem-se mais de um delicto. A Relação da Comissão da Camara dos Deputados sobre o projecto ZANARDELLI, deixa claro a modificação introduzida, no sentido exposto. Depois de referir-se ás theorias sobre o concurso formal de delictos, entre ellas apontando a de IMPALLOMENI, passa a mostrar a razão e alcance da disposição do art. 72, correspondente ao art. 78 do código. “O art. 81 do código penal toscano dera logar a duvidas sobre a sua interpretação.

E' assim concebido: “Se uma *acção* póde constituir mais titulos de delictos, deve sempre reportar-se áquelle a que é comminada pena mais grave, e esta pena, se não fôr absolutamente determinada, accrescerá entre os seus limites legaes”. Era sustentado por muitos tribunaes, escreve PUCCIONI, que a palavra *acção*, adoptada pelo legislador, desacompanhada de qualquer restricção, comprehende, em si mesma, segundo os grammaticos e os juristas, tudo o que o homem faz e pratica em um unico contexto, sob a influencia de uma vontade livre; quer se componha de um só *facto*, quer de varios factos, quer de um *facto* simples, quem de um *facto* complexo, é sempre uma *acção*. . . Mas a Côte Suprema, por decisão de 18 de novembro de 1854, declarou erronea semelhante interpretação, e restringiu a juridica intelligencia do artigo ao caso de uma só e unica *acção*, constituindo em si mesma varios titulos de delictos, isto é, a violação de varios direitos. A Côte Suprema disse que a palavra — *acção* — do art. 81, equivale a um só e mesmo *facto* que tenha, em si mesmo, o caracter juridico de varios delictos, como acontece com o dissoluto que estupra uma rapariga, sua parenta proxima, ou abusa de uma mulher casada, tambem sua parenta proxima, e que, por tal fórma, incide em estupro com incesto, ou em estupro com adulterio; que se a *acção* fôr composta de mais factos distinctos, ainda que commetidos no mesmo contexto, e em execução da mesma resolução, e os factos mesmos representem outros tantos delictos diversos entre si,

não tem applicação a limitação á regra geral estabelecida pelo art. 72, mas esta regra, inflingindo-se tantas penas quantos os delictos... Não pensava assim CARRARA, para quem todas as acções indistinctamente, unicas ou complexas, que produzissem mais de uma violação de direito, subordinavam-se á regra do art. 81. Os projectos precedentes estavam concebidos em termos eguaes aos do código toscano, porque, como este, faziam depender a unidade da pena da unidade da acção.

Mas com a formula do actual projecto, cortou-se cerce todo o motivo de duvida, porque a palavra — *acção* — foi substituida pela palavra — *facto* — dizendo-se (art. 72) “o culpado de um facto que constitue mais de um titulo de delicto (reato), sujeita-se á pena estabelecida para o delicto de titulo mais grave”. Fica, pois, manifesto que a unidade da pena depende da unidade do facto, da unidade do *effeito real* criminoso, causado, não pela unidade de acção subjectiva, que pode ser causa de um só evento, de um só resultado, como de mais aventos ou resultados criminosos do mesmo modo que varias acções.

Semilhante conceituação é mais conforme aos principios geraes do direito penal; não pôde subsistir unidade de delicto onde a pluralidade de lesões juridicas decorra da pluralidade de resoluções delictuosas, mas só existe tal unidade, quando varias lesões juridicas são o *producto* de uma unica resolução delictuosa, isto é, a resultante de um só elemento moral. Ora, a *unidade do facto criminoso, mesmo quando contenha varias violações de direito, revela um unico fim*, e por isso uma unica resolução criminosa, ao passo que varios factos, mesmo quando connexos pelo vinculo de meio a fim, são sempre em si mesmos, objectos de outros tantos fins especiaes do agente, e, por isso, constituem a revelação de varias determinações criminosas.” Tal noção é mesmo expressa pelo código no art 77, onde, declarando-se applicavel a norma do concurso de penas áquelle que para commetter ou para occultar um delicto, ou em occasião d'elle commette um outro delicto, para mostrar que é necessario que concorra uma pluralidade de factos se usa da formula “commette outros factos que constituam delicto”. Por isso não ha senão uma regra geral para todos os casos: quantos forem os factos commettidos pelo accusado outros tantos serão os delictos que lhe devem ser imputados, sempre com a norma do concurso, salvo os especiaes aggravamentos de pena que em determinados casos (como nos arts. 136, 137 e 250) estabelece a lei quando não reputa sufficientes as sancções irrogadas, mediante a norma do concurso”. Assim, de modo bem claro se repudiou a theoria de CARRARA, dando-se acolhida á desenvolvida por IMPALLOMENI.

457. — Mostrando em que casos se verifica a concorrência de delictos, passemos ao outro ponto, isto é, ao referente á penalidade..

Trez systemas se excogitaram, cada um dos quaes recebendo applicação nas differentes legislações.

O primeiro em ordem chronologica é o da *accumulação material* da pena, e cujo fundamento é o principio geral da justiça, que o culpado de muitos crimes deve ser punido tantas vezes quantas têm violado o preceito da lei penal, ou — *quot delicta tot poenae*.

Este systema encontra limitação, ou não pôde ser applicado em caso de pena de morte, ou de penas perpetuas, ou de uma pena perpétua e a outra temporaria. Mesmo nos casos em que possa ser applicado, gera inconvenientes accentuados e insanaveis.

Assim, como nota MITTERMAIER, com a addição de muitas penas augmenta-se a intensidade de cada uma dellas, fazendo crescer a pena não em proporção arithmetica, mas em proporção geometrica. Além disso, nos crimes punidos com penas restrictivas da liberdade, muitas vezes a accumulção tornaria o castigo perpetuo, e nos punidos com multa poderia levar ao confisco, o que pôde não estar no pensamento do legislador. Engendrou-se, por isso, outro systema, inteiramente opposto ao primeiro, o systema da *absorpção da pena menor pela maior: poena major absorvet minorem*.

Este systema não escapa á censura fundada de ser *injusto e impolitico*, isto é, contrario aos interesses sociaes. Effectivamente, a absorpção pura e simples das penas menores pelas mais graves importa facultar, senão excitar o culpado de um crime a commetter outros menores que lhe aprouver, pois sabe que só será punido pelo crime mais grave; é injusto porque não só consagra a impunidade de muitos crimes, como colloca nas mesmas condições o individuo que commette um só crime e o que, além desse crime, commette outro muito menos grave.

Para sanar os inconvenientes de um e de outro systema, um peccando pelo excesso, outro pela defficiencia da pena, creou-se um systema intermediario, o systema da *accumulação juridica*, tambem chamado da *intensiva accumulção*, segundo a expressão de BAUER.

O fundamento desse systema é o mesmo do de accumulção material: *tot poena quot delicta*, mas temperada esta regra no sentido de não se applicar inteiramente todas as penas, singulares, mas uma pena proporcionada á intensidade do damno politico produzido pelos diversos crimes concurrentes. A pena assim estabelecida ganha em intensidade o que, em confronto das primeiras, perde pelo numero e duração.

Diversas maneiras de actuação tem recebido este systema, ora reduzindo as diversas penas e applicando os residuos cumulativamente (HABERMAAS), ora applicando a pena comminada ao crime mais grave augmentada em correspondencia com o numero e a gravidade dos crimes menores, methodo mais geralmente adoptado pelos legisladores (*poena major cum exasperation*), ora ainda mediante mais complicadas operações arithmeticas.

No direito romano vemos prevalecer o systema da accumulaco material, dizendo ULPIANO: “jmais muitos delictos por serem concorrentes obstem a punio de alguns delles, porque jmais a pena de um delicto   determinada por outro delicto (Dig. L. 47, t. 2.º fr. 2).

Encontram-se tambem disposioes referentes ao concurso formal, isto  , *ex codem facto plur crimina nascuntur*, caso em que tenha applicaco uma s lei, e pois, uma s pena.

A esse concurso se refere PAULO dizendo que “o Senado uniformemente havia declarado que uma pessoa que na pratica de um crime houvesse violado muitas leis, n podia ser perseguida em virtude de todas as disposioes violadas (Dig. L. 84, t. 2.º fr. 14).

Vemos egualmente prevalecer o systema da accumulaco material no direito canonico e germanico, como tambem na Italia medieva, reconhecendo, porém, a jurisprudencia a distinco entre o concurso e o crime continuado, creaco dos praticos para evitar a pena de morte no terceiro furto, e a necessidade de applicar, no caso da incompatibilidade de duas penas, a regra da absorpco da menor pela mais grave. Modernamente o systema da accumulaco material das penas acha-se repudiado na generalidade das legislaoes, e o da absorpco vemos adoptado em Frana, na legislao ingleza e prevalecendo nos codigos belga, hungaro, e de S. Marino. O systema da accumulaco juridica   o que predomina nos codigos contemporaneos.

458. — Passando ao exame do art. 66 do codigo, o primeiro ponto a considerar, uma vez que n   explicito a respeito,   se as regras que estabelece para a applicaco das penas no concurso de delictos, devem ser observadas s quando os delictos forem objecto de um mesmo processo, ou tambem de processos differentes, no mesmo ou em diversos juizos. A soluo n pde deixar de ser sen pelo ultimo aspecto, já diante dos principios, já diante da propria letra do texto legal. Se ha toda a conveniencia em que em um s processo se effectivem as regras sobre a concorrencia de penas por motivo de concorrencia de delictos, essa razão n pde ir ao ponto de impedir a applicaco dessas regras quando os delictos n faam objecto de um s processo, por isso que ellas traduzem principios de utilidade social e de garantia da liberdade individual, cuja seguranca n deixaria de ser precaria, se o procedimento judicial pudesse influir sobre a quantidade da pena.

Casos podem ocorrer em que posta a aco penal em juizo, e em virtude de um delicto, se tenha conhecimento posteriormente de outro tambem committido pelo r o, e não seria justo que se deixasse de applicar as regras do concurso porque esse ultimo delicto constituisse objecto de outro processo no mesmo ou em diverso juizo, e o contrario seria dar ensanchas ao arbitrio.

Como bem nota CASTORI, é o facto de uma mesma pessoa sofrer a pena de varios delictos que constitue a base do instituto do concurso, e verificado que sejá, outra pesquisa se torná superflua.

E' certo que determinadas legislações exigem unicidade de processo, como os codigos bavaros, art. 108, toscano, art. 77, austriaco, § 34, mas tal ponto de vista não predomina mais nos modernos codigos, como, entre outros, o italiano, art. 76, o allemão, arts. 74 e 79.

Não colhe o argumento que tal solução póde importar em offensa á coisa julgada, quando um dos delictos concurrentes já estiver julgado definitivamente, porquanto o que se verifica é a modificação da pena, ó objecto do julgado, porém, continuando inalteravel.

Verificada essa hypothese, o concurso só se torna possivel, como bem estatue o codigo allemão, art. 79, quando a sentença posterior sobre o crime posteriormente descoberto sobrevem emquanto é ainda possivel alterar a primeira sentença, e portanto emquanto a pena imposta pela primeira sentença ainda não se acha de todo cumprida, ou não foi perdoada ou não prescreveu.

Em face da letra do nosso codigo, nada se encontra em contrario á solução alludida. "A regra do art. 66, bem como todas as instituidas em direito para as differentes modalidades de delictos, diz ALBERTO TORRES, não tem applicação limitada ao caso restricto de *crimes conexos*, processados, porque o são, nos mesmos autos: rege indistinctamente todas as hypotheses da accumulção de penas, por pluralidade de delictos de um mesmo delinquente; não se refere á condemnação, mas, como diz a lei, á applicação das penas; nem ao individuo que, em certo feito, está para ser condemnado, mas, assim o diz tambem a lei em termos amplos, ao que ha de ser punido. E' erro, pois, affirmar-se, obedecendo á tendencia do habito judiciario de fazer sempre applicação do direito a objecto de um só processo, que as regras do accumulo das repressões só imperam sobre delictos constantes da mesma acção penal: regendo, como se vio, não o decreto condemnatorio, mas a *applicação das penas*, não se referindo a individuo que vae ser condemnado, mas, em geral, ao que tem de ser punido, caracterisam-se estas regras justamente pela peculiaridade de deverem ser observadas em qualquer época. desde que a pena ainda não esteja cumprida ou extincta, sobre um ou mais de um processo, e quanto a delictos completamente separados no tempo, no espaço e no procedimento da justiça, excepto unicamente no caso especial da reincidencia, excluido, por definição, da idéa generica do concurso. Esta é a lição da doutrina, tal o conceito do instituto, nas fontes de onde o trasladamos, e, posto que o art. 66 doCodigo penal, breve e confuso amalgama dos complexos principios que regem modernamente o assumpto — não contenha a respeito disposições explicitas, transparece-lhe claramente da propria letra a fidelidade das normas ao pensamento da theoria nas já notadas expressões,

de onde consta que regem a *applicação das penas* e que se referem em geral ao individuo *que tem de ser punido* por mais de um crime; e principalmente dos termos do § 4.º: “se a somma accumulada das penas restrictivas da liberdade a que o criminoso fôr condemnado exceder de 30 annos, *se houverão todas as penas* por cumpridas, logo que seja completado esse prazo”, texto que prevê condemnações distinctas, impostas sem redução ao prazo maximo da pena restrictiva da liberdade, em processos differentes, por consequencia, e para ser cumprido, no curso da execução, durante o implemento da pena. Nem outra pôde ser a intenção da nossa lei, salvo o erro inadmissivel de regular a accumulção das penas em desaccordo com a razão unica em que assenta a sua doutrina, para a qual, pois que tem por causa o pensamento de fazer operar a somma das penalidades por varios delictos, de modo a evitar-se exaggero na punição (“a expiação não interrupta de varias penas restrictivas da liberdade, dizem os criminalistas, faz crescer os soffrimentos, não em razão arithmetica, mas em razão geometrica”), é de todo indifferente que os crimes sejam connexos ou independentes, simultaneos ou intervallados”. Consoante o exposto, se enunciou o ministro MUNIZ BARRETO, quando Procurador Geral da Republica, no parecer proferido na revisão criminal, n. 1.885.

459. — O nosso anterior codigo adoptava o systema da accumulção material de penas, do qual se afastava em dois casos: quando o delinquente era condemnado á pena de morte e quando as penas eram incompativeis, prevalecendo a mais grave em qualquer destes casos (arts. 61 e 62). O codigo vigente adopta tambem o systema da accumulção material das penas, temperando-o, porém, com os outros systemas, assim se orientando de maneira muito semelhante a do codigo bavaro, arts. 109 e 110, cujos dispositivos devemos, por isso, ter em vista para a devida intelligencia.

Assim estatue o codigo da Baviera:

“Art. 109. Se o mesmo crime foi reiterado contra varias pessoas ou varias coisas, ou quando o malfeitor tenha commettido crimes de especies differentes por meio de mais de uma acção, a pena de um crime será accrescentada á de outro crime.

Mas, se essa reunião é impossivel, não se poderá pronunciar pena mais severa; em virtude dessa impossibilidade applicar-se-á a mais forte das penas em concurso, accrescentando-lhe o maximum legal da aggravção accessoria.

Praticar-se-á da mesma forma quando, em virtude de concurso de mais de uma pena privativa da liberdade, a duração total dessa pena exceder os limites postos nos arts. 13, 16 e 28 para cada especie de uma privativa da liberdade.

Art. 110. Quando um crime tiver sido commettido mais de uma vez contra a mesma coisa ou pessoa, as differentes acções pelas quaes o crime tiver continuado não serão contadas senão por um só factó; mas na determinação da pena serão consideradas como circumstancias aggravantes nos limites do art. 95.

Quando o culpado commetter mais de um crime ao mesmo tempo, por uma unica e mesma acção, só se lhe applicará a pena do crime mais grave sem prejuizo da disposição do art. 65 n. 2". Assim, no art. 109, trata o codigo bavaro do concurso de crimes homogeneos (*reiteração*) ou de crimes heterogeneos (*accumulação*), casos em que admitte a accumulção de pena. Limita esta regra no caso de impossibilidade de accumulção, em cuja hypothese manda applicar a mais forte com o acrescimo do maximo legal da aggravção accessoria. Limita em segundo logar, quando se der por accumulção uma duração de pena privativa da liberdade excedente ao maximo da lei (arts. 13, 16 e 28).

No art. 110 figura a hypothese do crime *continuado*, caso em que manda considerar as differentes acções como um só factó, mas na determinação da pena como circumstancias aggravantes.

As definições dadas dos crimes homogeneos e continuados, já as formulára FEURBACH, autor do codigo, por esta fórmula: "Se o concurso subjectivo teve um só e *mesmo* objecto, ha crime *continuado*, *delictum continuatum*; se houve *multos* objectos, ha crime *repetido*, *delictum reiteratum sive repetitum*, definições justamente criticadas por MITTERMAIER.

No mesmo art. 110, segunda parte, o codigo trata do concurso formal, ou quando o culpado commette mais de um crime ao mesmo tempo por uma só mesma acção, caso em que manda applicar a pena mais grave. O nosso codigo, no § 1.º do art. 66, trata do concurso real de delictos (*homogeneos* e *heterogeneos*, *reiteração* e *accumulação*), isto é, quando o *criminoso* fôr *convencido* de *mais de um crime*, caso em que manda *impôr as penas estabelecidas para cada um delles*. Adopta assim, paar o caso, o systema da *accumulação material* de penas.

No § 2.º trata dos crimes *continuados*, inspirando-se nos codigos bavaro, art. 110, e no italiano. art. 9.

Para este caso adopta o systema da *accumulação jurídica*, na modalidade da *exasperação* ou da *pœna major cum exasperatione*, mandando applicar o maximo de um só dos crimes, com augmento da sexta parte.

No § 3.º trata do concurso formal, acostando-se ás formulas dos codigos bavaro e italiano, mandando applicar uma só pena, a mais grave e no maximo.

Finalmente, no § 4.º adopta o systema da *absorção*.

O autor do codigo aponta os dispositivos do art. 66 como uma das mais interessantes innovações, modificando-se o systema seguido

da applicação da pena, pela combinação da regra da *aborpção* da peia com a da *exasperação*, da *absorpção* e do *cumulo juridico*.

Fossem essas disposições vasadas por fórmula mais correcta, e teria o codigo innovado com proficuidade.

460. — Não dando logar a duvidas a disposição do § 1.º do art. 66, passemos ao exame do § 2.º, cuja formula defeituosa tem dado logar ás mais accentuadas divergencias de interpretação, entendendo uns que não tem mesmo significação, nem applicação, outros que é comprehensiva do crime continuado e da reiteração de crimes, outros que sómente desta fórmula de concurso real de delictos.

Criticando esta disposição, EDUARDO DURÃO sustenta que se o legislador quiz tratar do crime continuado, enganou-se na sua definição, e ainda quando houvesse, porventura, acertado, enganar-se-ia no calculo da penalidade, augmentando-a nos casos em que, seguida a regra geral, devia ser attenuada, e não adoptando um principio certo e seguro de minoração. Se quiz tratar da reiteração, enganou-se tambem, porque as penas fixas do § 2.º não tem com as graduadas do § 1.º uma relação constante de attenuação ou aggravção. E exemplificando: “Ao réo de dois roubos, acompanhados de circumstancias aggravantes, sem attenuantes, aproveita a disposição do § 2.º, porque em vez de 16 annos de prisão, pena dupla do roubo no grão maximo, que lhe devia ser applicada, segundo o § 1.º, soffrerá sómente 9 annos e 4 mezes de prisão, o maximo das penas do roubo e mais a sexta parte; mas, não aproveita ao que, por eguaes crimes, devesse ser condemnado no grão minimo das penas de roubo, porque em vez de 4 annos de prisão, pena dupla do roubo nesse grão, soffrerá aquelles mesmos 9 annos e 4 mezes, conforme a disposição do § 2.º que agrava a pena quando deve attenuar, e attenua quando deve agravar.

Pensa, entretanto, que o legislador *pretendeu* definir o crime continuado, mas, não tendo copiado, e suppondo de si para comsigo que era mais acertada a noção que apresentava, deu-nos a confusa definição que alli fica, e que ninguem comprehende. Se fôra juiz, e tivesse de applicar a casos concretos as disposições dos §§ 1.º e 2.º do art. 66, optaria sempre pela mais favoravel ao réo, ficando, por esse meio, com a consciencia tranquilla.

ASTOLPHO DE REZENDE é do mesmo pensar, sustentando que o § 2.º do art. 66 não se refere ao crime continuado, já porque não cogita da unidade de resolução, que é o ponto de reunião dos elementos materiaes, já porque falla em — *mais de um crime da mesma natureza* — quando o crime continuado é considerado como crime unico, composto, não de crimes differentes, mas de acções differentes, que constituem uma só entidade juridica. Ao seu ver, a penalidade prevista em tal dispositivo não é applicavel ao crime continuado que deve ser punido, então, como crime simples.

Na interessante discussão travada no Supremo Tribunal Federal, a proposito do julgamento de um *habeas-corpus*, e que se vê no *Direito*, vol. 60, ps. 260 e segs., foi apreciado detidamente o dispositivo do art. 66 § 2.º, nelle vendo o ministro AMPHILOPHIO DE CARVALHO a melhor solução, apesar de leve defeito de redacção, avantajando-se da lei italiana pela circumstancia de não haver exigido expressamente a unidade de designio, por um facto psychologico de difficil apreciação. Desenvolvendo o seu pensamento, assim se externou o saudoso jurista: “Bem sei que o nosso Codigo, não exigindo expressamente, como faz o italiano (art. 79), a unidade de designio, comprehendendo na mesma disposição, e equipara na penalidade o delicto reiterado e o continuado, uma vez verificadas as outras condições por elle prescriptas; mas nisso mesmo vejo eu um progresso da nossa lei, que dest’arte tira ao juiz o arbitrio de conhecer de um facto psychologico de tão difficil apreciação, qual esse designio generico de que fallam os criminalistas italianos, tratando-se de providencia que tem só por fim evitar a iniquidade de exaggeradas accumulações de penalidade.

Seja, porém, como fôr, o que preciso e quero assignalar como facto incontroverso, segundo os principios da sciencia e a doutrina dos criminalistas, é que na constituição do delicto continuado não pôde entrar facto que não seja por si mesmo um crime, reconhecido, definido, e como tal qualificado pela lei positiva, muito embora cada um desses factos delictuosos deixe de ser passivel de uma penalidade separada, e ao seu conjuncto não se applique pena que seja superior ou igual á somma das penas decretadas para cada um delles, quando praticadas isoladamente.”

Do mesmo modo pensava o ministro ALBERTO TORRES, declarando em decisão, de que foi relator, que as circumstancias de cada caso é que indicariam haver crime continuado ou reiterado, conforme as repetidas violações da lei penal, realisadas por factos diversos, fossem ou não attribuidas a um só motivo ou proposito.

A controvérsia não foi dirimida pelo mesmo Tribunal, como se vê de seus pronunciamentos, quasi sempre relativos á passagem de notas falsas. O ministro EDMUNDO MUNIZ BARRETO, em parecer exarado, como Procurador Geral da Republica, na revisão n. 1.885, dizia não tratar o § 2.º do art. 66, do Codigo Penal do crime continuado e sim do concurso real de infracções, embora da mesma natureza.

“A redacção defeituosa do § 2.º, diz o douto magistrado, tem levado magistrados de nomeada a consideral-o comprehensivo do *delicto continuado*, quando é certo que o legislador patrio propositadamente excluiu deste texto o conceito do *delicto continuado*, tão bem caracterizado no art. 79 do Codigo penal italiano, *verbis*:

Piú violazioni della stessa disposizione di legge, anche in tempi diversi, con *atti executivi della medesima risoluzione*, si considerano per *un solo reato*.”

Nosso legislador sabia perfeitamente que no delicto *continuado*, como occorre no delicto *continuo* ou *permanente*, facto unico, não susceptível de descontinuidade ou intervallos, — é condição essencial a *perseverantia sceleris*; sabia que delicto continuado é a *manifestação successiva de um só e mesmo designio criminoso*, objectivado em lesões jurídicas homogeneas, materialmente distinctas.

Nesse delicto não se faz mistér que cada acto successivo tenha consummação: *consummados* uns, *tentados* outros, constituem, todos elles, élos da mesma cadeia. O elemento subjectivo lhes é commum; formam a infracção penal *una*. A hypothese do § 2.º do art. 66 é de concurso de *crimes autonomos*, cada um presidido por um *designio proprio*; e a que, isoladamente, a lei impõe pena igual. — “Quando o criminoso *tiver de ser punido POR MAIS DE UM CRIME da mesma natureza*, commettido em tempo e logar differentes, contra a mesma ou diversa pesso, ímpor-se-lhe-á no gráo maximo a *pena de um só DOS CRIMES*; como augmento da sexta parte.”

Em sentido contrario se manifestou o ministro PEDRO LESSA, relatando accordam de 9 de junho de 1920.

Fazendo ver que de accôrdo estavam todos os ministros quanto à applicação ao caso da penalidade do § 2.º do art. 66, divergiam porém quanto á natureza jurídica da infracção ahi prevista. “Penso, porém, diz o douto ministro, que nesse artigo e paragrapho, o legislador patrio, defeituosamente, como defeituosamente foram redigidos muitos outros artigos do nosso Código Penal, quiz definir, e, incluiu, o “*delicto continuado*”. Comparando-se os diversos paragraphos do art. 66, vê-se que o legislador no § 1.º delineou o “concurso real” de crimes; no § 3.º “concurso ideal”, nada restando para o § 2.º, senão o “*delicto continuado*”, com todos os defeitos que quizeram na “definição” e na “imposição da pena”. Suppôr que no § 2.º se figurou o “concurso real” de delictos da mesma natureza é ir lém da injuria que se póde fazer ao legislador patrio. No § 1.º trata elle do “concurso real” de quaesquer crimes, da mesma natureza, ou não, pois, não distinguui.

Os termos desse § são amplos, e não permitem restricções, que seriam arbitrarías. Como no § 2.º cogitando de crimes “da mesma natureza”, consistentes na violação do mesmo artigo do Código (art. 40), poderia o legislador ordenar um tratamento jurídico mais benigno, ou o gráo maximo com o augmento da sexta parte, quando, preceituando sobre a reincidencia, só admite a aggravação da pena por esta circumstancia no caso de perpetrar o delinquente depois de passada em julgado a sentença condemnatoria, “outra violação do mesmo artigo”, não considerando reincidencia a perpetração de novos crimes a que estão comminadas penas diversas? Fóra uma

incongruência inexplicável. Desde que julgou mais grave, revelador de maior temibilidade, o facto de se commetter um novo crime da mesma natureza do que o de praticar um delicto punido por outro artigo do Código, não podia o legislador patrio punir no § 2.º com pena mais branda aquelle que reiterou um delicto da mesma natureza, punindo no § 1.º quem praticou delicto de especie diversa com pena maior.

Nesse § 1.º são punidos os auctores de mais de um crime da mesma natureza. ou não, com as penas estabelecidas para cada um delles.

A hypothese figurada é a de perpetração de crimes, para os quaes ainda não houve processo, nem condemnação, e por isso mesmo para os casos de repetição de crimes da mesma natureza não se inflinge de novo a pena com aggravante da reincidência.

O nosso legislador reputa de maior temibilidade o autor de crimes reiterados da mesma natureza do que aquelle que pratica delictos de especie diversa. Mas, para impor uma pena mais grave ao que perpetra mais de um crime da mesma natureza, exige que o delinquente tenha sido condemnado e a sentença passada em julgado. Se não houver condemnação nas condições referidas impõe-se pelo segundo delicto da mesma natureza a pena que no caso couber, não sendo aggravante a reiteração do delicto.

E' exactamente esta a hypothese do art. 66, § 1.º, que, abrangendo todos os crimes, incluye por isso mesmo no preceito legal os crimes da mesma natureza, praticados em circumstancias diversas e que, pela falta de ligação pela resolução criminosa, constituem delictos autonomos, e não um "delicto continuado".

Isto posto, não era possível que no § 1.º do art. 66 quizesse o legislador punir crimes de "naturezas diversas", com a pena estabelecida para cada um desses delictos, e no § 2.º quizesse punir crimes da "mesma natureza", autonomos, sem o vinculo da "resolução geral", e, portanto, mais graves, reveladores de maior temibilidade, com a pena de um só crime, augmentada da sexta parte. Fôra uma palpavel contradicção nas idéas.

O § 2.º encerra o conceito do "delicto continuado", muito mal redigido.

Provavelmente levado pelos escriptores que alludem "á unidade de lugar e de tempo", como elementos do delicto continuado e verificando quão falsa é essa opinião, quiz o nosso legislador revelar que reprovava essa opinião, e por isso escreveu as palavras: "em tempo e lugares differentes". Em toda a definição se nota o mesmo defeito de fórma. Negar que no § 2.º se tenha dado o conceito do *delicto continuado*, equivale a eliminar esse §, o que ao interprete não é permitido."

461. — Esta interpretação é a que melhor se harmonisa com a *intentio legis*. O legislador teve como subtendida a unidade do designio, deixando ao criterio do juiz sua apreciação e constataçãc, consideradas as circumstancias occorrentes, perquirindo em que conexão psychologica e ideologica estejam entre si os diversos factos puniveis, e assim verificar a continuidade ou não do proposito criminoso. Não procede a objecção de que tanto o § 2.º do art. 66 não cogita do crime continuado, que falla de *crimes da mesma natureza*, e não de *actos executivos* da mesma intenção, como se vê nos codigos toscano e italiano (*atti executivi della medesima risoluzione*), porquanto assim se expressando o legislador, foi levado pela consideração de que cada acção constitutiva do crime continuado representa a configuração de um crime.

E' ponto incontroverso na doutrina. “Nel reato continuato, diz PUGLIA, *ciascuna delle azioni commesse ha tutti i caratteri di un reato perfetto*, e se non ci fosse il vinculo della risoluzione ed esse comune ciascuna costituirebbe un reato *per se stante*.”

“Per aversi il reato continuato, diz pôr sua vez ALIMENA, é necessario che ciascheduna delle sua parti sia tal che, presa isolatamente, rivesta tutti i caratteri *d'un reato a se, d'un reato dotato d'una propria personalitá*.”

Com a clausula — *crimes da mesma natureza* — mostra o legislador que é necessario que haja violação da mesma disposição legal, pois em face do art. 40, que tem applicação geral, por crime da mesma natureza se entende o que consiste na violação do mesmo artigo.

Não procede ainda a objecção de que a penalidade do § 2.º pôde em muitos casos se tornar mais gravosa do que a estabelecida pelo § 1.º, para o concurso real de crimes, porquanto a tal escolha levam tambem as formulas dos codigos que qualificam o crime continuado.

Nota FLORIAN que, a proposito do art. 79 do codigo penal italiano, suscitando-se a questão de saber se nos casos em que essa disposição acarrete pena maior do que o simples concurso material de delictos, podia deixar de ser applicado o art. 79, admittiu-se a affirmativa. Nesse sentido cita a Cassação de 24 de agosto de 1909, que decidiu não ser applicavel o art. 79 quando se chegasse a inflingir uma pena superior a que resultasse applicando o cumulo juridico.

E' solução que se inspira no principio informativo da continuação, creada pelos praticos italianos para evitar a applicação de uma pena exorbitante, especialmente a de morte em terceiro furto, e que assim, nota CARRARA, não pôde ser levada a effeito de applicar pena maior do que requereria a *somma* das penas de todos os factos.

Perante o nosso codigo a solução não pôde ser senão a applicação de pena mesmo mais gravosa, diante do preceito rigido do art. 61 e de não prover devidamente o caso no art. 66.

E' de notar, finalmente, que não é necessaria a descontinuidade de tempo e logar, como á primeira vista parece exigir o nosso codigo, para a integração da figura do crime continuado.

Apreciando-se devidamente a disposição do § 2.º do art. 66, em confronto com a do art. 72 do codigo penal italiano, uma de suas fontes, ver-se-á que por simples inadvertencia deixou o legislador de inserir a clausula — *ainda que (anche se)*, antes da expressão — *commettido em tempo e logar differentes*. E que outra não pôde ser mesmo a intenção do legislador, diz ADOLPHO COUTINHO, em bello trabalho a respeito, vê-se da exposição do ministro da justiça do Governo Provisorio, que referindo-se ás innovações trazidas pelo novo codigo, aponta como tal a “modificação da regra da accumulção das penas por crimes diversos, applicando-se sómente no gráo maximo com o augmento da sexta parte se forem todos da mesma natureza, *posto que commettidos em tempo e logares differentes, contra uma ou mais pessoas, e sem aquelle augmento, se praticados simultaneamente com a mesma intenção*”. A nova redacção dada ao dispositivo em apreço pelo art. 39 do Decreto n. 4.780, de 1923, transcripto supra, veio dissipar toda a duvida de se tratar mesmo de crime continuado.

462. — No § 3.º do art. 66 trata o codigo do concurso formal ou ideal de delictos (n. 453), isto é, quando o criminoso pelo mesmo *facto* e com *uma só intenção*, tiver commettido mais de *um crime*.

Esta disposição teve como fonte o art. 78 do codigo penal italiano, modificado em parte, de accordo com o art. 110 do codigo da Baviera.

Seguiu-se o codigo italiano, fazendo o concurso formal consistir no *mesmo facto*, a que se acrescentou a clausula, aliás implicita — *e com uma só intenção*, procurando assim o legislador tornar bem claro que a unidade do elemento intencional é indispensavel no concurso formal; modificou-se a formula do codigo italiano, por que em vez de se dizer — *diversas disposições de lei* — diz-se — *mais de um crime*, conforme o art. 110 do codigo bavaro.

A modificação não merece encomios, porquanto, como bem nota LISZT, no caso não ha concurso de crimes, pois o chamado concurso *ideal homogeneo* vem a ser uma pluralidade de resultados homogeneos comprehendidos na mesma lei, que uma só vez pôde ser applicada, e o concurso *ideal heterogeneo* é uma mera concorrência de varias leis penaes offendidas e não concorrência de crimes.

Segundo o nosso codigo, duas são as condições do concurso formal de delictos: a unidade do *facto* e da *intenção* é a pluralidade de lesões juridicas ou de crimes.

Quanto á primeira condição, por *facto* deve-se entender o *effeito criminoso* querido pelo agente, e que será *uno* só o effeito real, o damno effectivo ou potencial tiver correspondencia com uma só

intenção, em uma palavra, quando una fôr a *objectividade real*, que podendo coincidir com a objectividade ideologica ou a objectividade juridica, destas, porém, se distingue (n. 455).

Esta concepção de *facto uno* vem a ser a de *acção una*, tomado o termo — *acção*, não na accepção restricta, como fazem os criminalistas italianos, como significando a actividade enquanto se desenvolve na realização do evento criminoso, mas na accepção exacta, integral, de causação ou não impedimento de um resultado, referivel á vontade, o que presuppõe o movimento corporeo (*acto* ou *actos*) e o resultado. Nesse sentido *acção* e *facto* voluntario se equivalem. E já vimos, commentando, os arts. 1 e 2 do codigo vigente, que o legislador tomou os termos *acção* e *facto* como equipollentes. *Facto uno* vem a ser *acção una* (n. 450). A segunda condição para o concurso formal, segundo o nosso codigo, é a *pluralidade de lesões juridicas*.

Assim, haverá concurso formal no caso em que alguém se oppõe violentamente á execução de uma ordem legal emanada de autoridade competente, injuriando o seu agente.

Ha no caso um só *facto* com uma só intenção, embora com pluralidade de lesões juridicas. Eguamente tem-se concurso formal nos casos de injurias e ameaças irrogadas e feitas a alguém em um só momento; nos de *aberratio ictus*. Se o agente tinha mais de uma intenção criminosa, ou se propunha traduzir em *facto* a representação de mais de um effeito contrario á lei penal, deixa de haver concurso formal, operando-se, então, o concurso real de delictos.

Assim, quem com um tiro de revolver quiz matar A, e mata também B, praticou um só *facto* com uma só intenção, com pluralidade de lesões juridicas; é o caso do concurso formal; se porém, o agente quiz matar A e B, e o conseguiu, fazendo um disparo, não ha concurso formal, porque não ha *unidade de facto* e de *intenção*, e apenas unidade de *acção*.

463. — O codigo mandando applicar, em caso de concurso formal, a pena *mais grave*, presuppõe, pois, lesões juridicas diferentes ou heterogeneas. Indaga-se se as lesões forem homogeneas, se ainda vigora a norma do concurso formal.

Em geral os codigos, que disciplinam o concurso formal, só cogitam de lesões juridicas diversas. Assim, estatuinto o codigo allemão que “quando uma só e mesma *acção* violar muitas leis penaes, será applicada a lei que comminar a pena mais rigorosa, e, si as penas forem de diferente natureza, a que comminar o genero de pena mais grave (art. 73), entende LISZT que se trata de concurso de leis, devendo-se applicar a que *compreenda a acção de-haixo de todos os seus aspectos*, e quando isto não se der, a que,

pela amplitude de sua escala penal, permittã a plena apreciação da acção pelo menos de um modo approximativo.

No caso de resultados homogeneos, a questão se resolve segundo os principios geraes: uma acção só constitue um crime e para um só crime uma só pena, de sorte que a pluralidade dos resultados homogeneos só pôde, ser tomada em consideração na graduação da pena dentro dos limites legais. Diversamente pensam BERNER, BINDING, GEYER, HALSCHNER, OLSHAUSEN, e tem decidido o Superior Tribunal, applicando por analogia a disposição do art. 73 aos casos de concurso ideal homogeo. Divergem tambem os tratadistas e commentadores italianos ante a disposição do seu codigo, art. 78, entendendo uns que é applicavel tambem ao caso de lesão do mesmo direito na pessoa de dois ou mais titulares, ou quando ha violação da mesma disposição de lei, e outros que este caso escapa á norma do concurso formal.

Opinando por esta solução, diz IMPALLOMENI que é necessario o concurso de *titulos diversos* de delictos emergentes de unico facto, o que se verifica quando um mesmo facto não é inteiramente previsto por *uma só disposição* de lei, mas por disposições *diversas* ao mesmo tempo, ficando portanto excluido o regimen da preponderancia da pena mais grave, para *ter logar o regimen do concurso de penas* no caso que da mesma acção derivem varios *titulos homogeneos de lei*, e sim uma só disposição de lei violada diversas vezes. E' tambem a conclusão a chegar-se perante o nosso codigo. Tambem assim entende ESCOREL, dizendo que "no § 3.º do art. 66, não se trata de violação do *mesmo* artigo do codigo, de crimes da *mesma* natureza, mas de violação de artigos *differentes*, de crimes que não são da *mesma* natureza.

E' o que resulta das expressões — *impor-se-lhe-á no grão maximo a pena mais grave em que houver incorrido.*"

Assim, é applicavel a disposição do § 3.º do art. 66 ao individuo que *abre uma carta e subtrahе o valor* que ella contem.

Ha ahi dois crimes que não são da mesma natureza, violação dos arts. 189 e 330. E' tambem applicavel a mesma disposição ao individuo que, num conflicto, *mata* uma pessoa ou muitas, e *ferе* sómente outras pessoas." O que se deva entender por pena mais grave, já ficou esclarecido no commentario ao art. 3.

Escusado será dizer que nenhuma influencia têm a respeito as circumstancias *aggravantes* e *attenuantes*, por isso que se trata de pena determinada ou fixa, exactamente como no § 2.º do mesmo art. 66.

464. — Dado que no concurso formal, o resultado ou crime menos grãve seja de acção publica, e o mais grave seja de acção privada, e esta não seja promovida pelo offendido ou seu representante legal, pergunta-se se ainda prevalece a norma do concurso,

isto é, a pena mais grave. Diversas têm sido as soluções dadas entre os criminalistas. Para uns, deve prevalecer a maxima que o accessorio segue o principal e o que titulo maior cacella e destróe, para todos os respeitos, o titulo menor, especialmente porque a publicidade de processo viria de encontro á razão informativa da acção privada. Neste sentido aponta CASTORI o julgado da Côte de Appellação de Firenze, de 26 de novembro de 1875, sobre concurso de incesto e de adulterio. Outros sustentam que se o offendido, em favor do qual é concedida a acção privativa, é digno de protecção não se deve esquecer que a sociedade tem legitimo interesse na repressão dos delictos. A acção por queixa do offendido constitue uma excepção que não pôde, por isso mesmo, ser ampliada por interpretação extensiva.

E' certo que o titulo maior é o unico que a lei considera, mas como condição que seja realmente possivel a punição. Quando esta não pôde ter logar, ou por falta de queixa ou por desistencia, apenas rešta o titulo menor, e, pois, falta o principal extremo que o legislador presuppõe para a applicação do seu principio. O mesmo deve-se dizer do outro argumento que o accessorio segue o principal; não se pôde fallar de accessorio, quando não ha principal. O que se deve evitar, por absurdo, é a impunidade do delicto sujeito á acção official, porque ao offendido aprouve não querellar. Sujeitar todos os dois delictos á acção publica é inadmissivel, porque a coincidência de ambos não impede que prevaleçam diversas regras; sujeitar os delictos á acção privada tão pouco, porque seria favorecer injustamente o culpado. Logo os dois delictos devem ficar independentes, promovendo-se a acção publica pelo delicto correspondente. E' a solução mais accetavel e pugnada por FLORIAN, CRIVELLARI, MASUCCI e outros. O Superior Tribunal de Berlim, por decisão de 23 de março de 1875, admittiu como legitimo, havendo desistencia da queixa, o procedimento ex-officio, por delicto idealmente concorrente.

465. — Outra questão, ventilada pelos tratadistas, e frequente na pratica é de saber se vigora a norma do concurso formal, quando a tentativa constitue uma lesão consummada, e por isso em si mesma perfeita, por exemplo, um ferimento mais ou menos grave com o fim de matar. CARRARA vê no caso um concurso formal de lesão, corporal consummada e de homicidio tentado, por isso que ha offensa de direito á integridade corporea, e tentativa de offensa do direito á vida. A questão assume importancia quando a pena do delicto consummada é superior á estabelecida para a tentativa do delicto mais grave. IMPALLOMENI não vê no caso concurso possivel de titulos de crimes. A lesão consummada não pôde ter outro titulo do que o de homicidio tentado, porque esta qualificação legal recebe quando é commettida com intenção homicidia. Não se pôde con-

ceber uma acção delictuosa desacompanhada do elemento intencional que lhe é proprio, qual em especie de tentativa de morte, pelo que a lesão effectuada da integridade corporal não se pôde juridicamente considerar por si só, mas em relação ao direito á vida do aggreddido e posto em perigo, e assim unico é o titulo, o de homicidio tentado. Mas o conteúdo da tentativa de homicidio não deixaria por isso de ser mera lesão corporal, e se esta importasse uma pena maior do que a da tentativa, seria extranho que fosse mais brandamente punida por ter sido commettida com a intenção de matar. Deve-se applicar, então, a pena mais grave da lesão corporal, não em razão do concurso formal de delictos, mas por um *mero concurso de penas*. Em face do nosso codigo, a pena de tentativa é a que prepondera, por isso que o concurso formal de delictos não abrange as duas modalidades, segundo é formado em doutrina, isto é, o concurso de delictos e o concurso de disposições penaes, e só a primeira destas.

#### 466 — Jurisprudencia brasileira.

.. — Havendo o delinquente sido convencido dos crimes de fabrico de moeda falsa e de sua introducção na circulação, deve aproveitar-lhe a disposição do art. 66 § 3.º do Código Penal (*Ac. do Supremo Tribunal Federal*, de 15 de fevereiro de 1896).

II. — Ao réo convencido de haver passado moeda falsa em mais de uma localidade applica-se a pena do art. 241 do Cod. Penal com o augmento da 6.ª parte, caso previsto no art. 66 § 2.º do mesmo codigo (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 22 de agosto de 1900).

III. — O facto de se ter passado notas falsas a mais de um individuo não deve constituir mais de um crime, determinando a condemnação do delinquente nos termos do art. 66 § 2.º do Cod. Penal, e antes caracteriza o modo de realizar a introducção na circulação da moeda falsa, mórmente tratando-se de factos praticados no mesmo dia e logar (*Ac. do Supr. Tribunal Federal* de 11 de maio de 1901).

IV. — A introducção de moeda falsa na circulação, em tempo e logares differentes, a diversas pessoas, importa a pratica de mais de um acto, constituindo cada um delles, por si só, uma infracção da mesma disposição penal. Deve ser imposta no gráo maximo a pena de um só dos crimes, com augmento da sexta parte, caso previsto no art. 66 § 2.º do Cod. Penal (*Ac. do Sup. Trib. Federal*, de 18 de setembro de 1901).

V. — Quando se verificar que o crime continuado se consummara na vigencia de diversas leis penaes, se deverá applicar ao

accusado aquella que fôr de pena menos rigorosa, embora respectivamente revogada em relação aos ultimos actos praticados (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 5 de janeiro de 1910).

VI. — A regra estabelecida pelo art. 66 § 2.º do Cod. Penal é sómente applicavel quando os crimes homogeneos são submettidos conjunctamente ao mesmo juiz ou tribunal para o respectivo julgamento, mas não se tratando, como é a especie dos autos, de crimes, embora da mesma natureza, commettidos em Estados diversos e julgados pelas respectivas justiças, hypothese que não pôde deixar de ser regida pelo preceito do art. 66 em seu § 1.º (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 23 de agosto de 1912). Vid. n. 458.

VII. — O facto de ter havido dois processos distinctos e duas condemnações em autos diversos, não é razão para se não applicar o preceito do art. 66 § 2.º do Codigo Penal, desde que, ao praticar a segunda infracção, não estava o réo condemnado por sentença passada em julgado pela primeira infracção (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 9 de outubro de 1913).

VIII. — Quando com o crime de passagem de moeda falsa é concomitante o de extravio dos autos contendo as cedulas falsas apprehendidas, dá-se no caso, não o concurso formal de delictos previsto no art. 66, § 3.º do Codigo, mas sim um concurso real, regido pelo § 1.º desse artigo, embora as duas infracções sejam connexas entre si (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 16 de maio de 1914).

IX. — Tratando-se de concurso formal de delictos, que deve ser punido de accôrdo com o art. 66 § 3.º do Cod. Penal, sendo a pena legal para o caso a pena mais grave, no gráo maximo, pouco importa que haja e sejam reconhecidas pelo jury ou não circumstancias attenuantes. A pena é a mais grave no gráo maximo por força do concurso formal, e sem dependencia de aggravantes, ou de attenuantes, ou de umas e outras conjunctamente (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 20 de janeiro de 1915).

X. — A questão de saber se os factos delictuosos, pelos quaes alguém responde perante juizes differentes, constituem delictos autonomos, ou um só delicto continuado, não se resolve por meio de conflicto de jurisdicção, mas deante da prova dos respectivos autos por um ou outro dos juizes, com os recursos legaes. O que regula o art. 66 do Cod. Penal é applicação da pena, e, portanto, só depois de feita esta em desconformidade com a regra estabelecida por esse artigo, é que compete corrigir-lhe a illegalidade, mas mediante o recurso proprio, que é o de revisão criminal (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 6 de novembro de 1918).

XI. — Tendo commettido dois crimes da mesma natureza em tempo e logar differentes, deve o réo ser punido com a pena do gráo maximo, augmentada da sexta parte (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 9 de junho de 1920).

Relatando este accórdão, o ministro PEDRO LESSA se externou, quanto á interpretação a dar ao art. 66, § 2.º, pelo modo por que vem referido em o n. 460.

XII. — No concurso formal ha unidade de *facto* ou *acção* e de *fim* e “pluralidade de lesões juridicas resultantes desse facto.” *Mesmo facto* significa *mesma acção material*. Não ha propriamente *pluralidade de crimes*, mas de rigor *pluralidade de consequencias de facto unico*, unicidade de acção, constitutiva de um delicto com diversos titulos e denominações juridicas, devendo ser applicada a pena correspondente ao titulo mais grave. Se o agente dispara um tiro contra Pedro, para matal-o e o não attinge, ferindo ou matando, entretanto, Antonio, não visado, é bem de-ver que houve “um só facto ou acção : o tiro desfechado contra Pedro ; e uma só intenção — matar Pedro.” Não ha duas infracções autonomas que devam ser distinctamente punidas. A figura do “facto unico importando varias violações da lei” não se confunde com a hypothese de “connexão de delictos” a qual se verifica toda a vez que, para conseguir occultar um crime, ou na occasião deste, se commettem outros factos constitutivos de infracções penaes. No caso de connexão ha “diversos factos” cada um dos quaes expressa um delicto “completo” — (*Diritto Penale*, n. 132 MARCHETTI). Ora, na hypothese em apreço, a Justiça local considerou a imputação feita ao réo como comprehensiva de “um só facto : a resistencia á prisão”, crime capitulado no art. 124, § 1.º do Cod. Penal, tendo a primeira manifestação da violencia physica — um dos elementos dessa infracção — revestido a maior gravidade, pois produziu a morte do offendido, e segunda ocasionando lesões corporaes. Houve *perseverantia cæleris* quanto ao delicto de resistencia, que sómente cessou quando o criminoso foi desarmado (*Acc. do Sup. T. Fed.*, de 19 de jan. de 1924).

XIII — O logar da consummação do crime será aquelle em que tiver cessado sua continuação (*Acc. do S. T. F.*, de 26 de julho de 1928).

XIV. — O Cod. Penal adopta, quanto á applicação da pena, as regras da accumulção material, exasperação e absorpção, respectivamente combinando-as com a regra do § 4.º : havendo-se por cumpridas todas as penas restrictivas da liberdade logo que seja attingido o prazo de trnta annos (cumulo juridico). O concurso material, real ou substancial de delictos suppõe crimes distinctos e indepen-

dentes uns dos outros : duas ou mais infracções da lei penal por diferentes factos, de indole diversa ou da mesma natureza, oriundos de diversas resoluções criminosas, não havendo o delinquente soffrido condemnação definitiva por um dos crimes no momento em que commette o outro. São, pois, elementos do concurso real de crimes, sejam estes homogeneos ou heterogeneos, da mesma especie ou de natureza diferente : 1.º) ser o mesmo individuo accusado de crimes distinctos ou derivados de acções diversas ; 2.º) serem esses crimes, além, de distincto um do outro, tambem um do outro independentes na realidade objectiva dos factos ; 3.º) serem ou do outro separados na consciencia do delinquente, onde não devem confundir-se em um só e mesmo facto ; 4.º) não ter o delinquente soffrido condemnação passada em julgado por um crime anterior da mesma natureza. Este ultimo elemento distingue a repetição ou reiteração de delictos da reincidencia, que é a perpetração de um crime por individuo já condemnado definitivamente por outro crime de igual natureza. Cumpre aqui distinguir o concurso material de delictos do crime continuado, que é uma forma intermedia de criminalidade entre o crime unico e o concurso de crimes ; assim como se deve distinguir o crime continuado do crime continuo ou permanente. O delicto continuado differe do delicto unico pela multiplicitade de acções identicas, completas, que se não devem confundir com a simples repetição de actos praticados successivamente, como são os golpes virbados no espancamento de um homem e differe da reiteração ou pluralidade de delictos homogenos pelo elemento moral. No delicto continuado, encontra-se pluralidade do elemento material, unidade do elemento moral : todos os actos criminosos, materialmente distinctos, comquanto da mesma especie, estão presos por um nexu causal ; ha unidade de resolução criminosa, um só e mesmo designio criminoso, unidade de concepção e de fim a que se ligam as acções, dada uma das quaes constitue um crime perfeito e acabado, mas por sua identidade e pela unidade do designio, todas ellas formam um todo e por isso se consideram e se punem como delicto uno. Na reiteração de delictos, a resolução criminosa renasce e se renova para cada um delles. Por outro lado, não obstante existir entre o crime continuado e o crime continuo ou permanente um elemento commum, a unidade da resolução, a perseverança no designio criminoso (*perseverantia cœleris*) differe um do outro quanto ao elemento material : — o primeiro consiste na successiva repetição de actos materiaes contrarios á lei, distinctos entre si, ao passo que este é constituído por um facto unico, não susceptivel de descontinuidade ou de intervallos, que mantém permanente o estado anti-juridico. Dá-se o concurso intellectual, ideal ou formal, quando ha unidade de facto e pluralidade de lesões juridicas, que se não podem separar uma da outra, isto é, quando, com um só e mesmo facto, o agente viola diversas

relações de direito (unidade ontologica) caso em que a pluralidade é apenas aparente, não existindo no fundo senão uma só e mesma acção criminosa, um só e mesmo facto e quando o delinquente emprega um crime como meio de praticar outro, que é o seu fim unico (unidade ideologica) (*Acc. do S. T. Fed.*, de 24 de abril de 1920).

XV. — O delicto continuado (manifestação successiva de um só e mesmo designio criminoso, objectivado em lesões juridicas homogenas, materialmente distinctas), inajustavel ao § 2.º do artigo 66, era, em face do Codigo Penal e da doutrina, imputado uma só vez ao agente porque devendo todo crime constar do elemento material e do elemento moral, nelle, embora o primeiro se repita por diversas vezes, o segundo se mantém unico, só se o podendo computar para uma infracção : a totalidade das acções praticadas obedece a uma só, e ininterruptamente, resolução criminosa. O Decreto numero 4.780, de 1923, artigo 39, revogou o concurso especial, previsto no mencionado paragrapho 2.º, substituindo-o pelo crime continuado, sujeita a sua pena á gradação determinada nos arts. 38 e 62 do Codigo e do augmento da 6.ª parte em cada grão, verbis : “quando o criminoso tiver de ser punido por dois ou mais crimes da mesma natureza, resultantes de uma só resolução contra a mesma ou diversa pessoa, embora commettidos em tempos differentes, se lhe imporá a pena de um só dos crimes, com o augmento da sexta parte.” Inspirou-se o legislador no art. 79 do Codigo Penal Italiano, assim concebido : — “Piú violazioni della stessa disposizione di legge, anche se commesso in tempi diversi, con atti esecutivi della medesima risoluzione si conderano per un solo reato ; ma la pena é aumenata di un sesto alla metà.” A característica desse delicto consiste em que “as acções que o compõe são multiplas, constituindo cada uma dellas um crime perfeito, mas que, por sua identidade e pela unidade do designio que se colliga, se consideram e se punem como delicto unico (MARCHETTI, *Diritto Penale*, § 134). Do ponto de vista objectivo, a primeira condição necessaria é a existencia de pluralidade de acções anti-juridicas semelhantes ; a segunda está na unidade de disposições da lei violada, constituindo cada acção um crime da mesma especie. Do ponto de vista subjectivo, se faz mister que as varias violações da mesma disposição de lei estejam identificadas pela mesma resolução, ou sejam a exteriorização de um designio (FLORIAN — *Dei reati e delle pene en generale*, pagina 349). A unidade de resolução é o elemento principal, que dá vida ao delicto como infracção *una*. Em o nosso Codigo Penal Militar continuou o preceito antigo, comprehensivo unicamente do alludido concurso de infrações homogeneas (*Acc. do S. T. Fed.*, de 17 de dez. de 1930).

XVI. — O Código dispõe no art. 66 sobre a aplicação das penas não só no caso de *concurso real* de infracções — quando, por *differentes factos*, infringem-se diversas vezes a mesma lei penal, ou leis penaes diferentes, como no caso de *concurso ideal* — quando por *um só e mesmo facto* alguém se torna culpado de diversas infracções, sejam ou não da mesma natureza.

Quanto ao concurso real, o legislador adoptou como regra (artigo 66, § 1.º), o systema da accumulção das penas, segundo o qual o ajuste de mais de uma infracção deve soffrer todas as penas correspondentes — *quot delicta tot pœnæ*; e, como excepção (art. 66 § 2.º), circumscripção ao concurso de crimes da *mesma natureza*, commettidos em tempo e lugar diferentes, seguiu, em parte, o systema ecclético ou do *cumulo juridico*, que, no caso de infracções punidas como penas da mesma especie, fixa um maximo de tempo, além do qual não é permittido ir, e, quando as penas são diferentes, manda impor a mais grave, augmentada em proporção com o concurso das penas maiores.

As condições necessarias para o concurso real, são :

a) que a mesma pessoa tenha commettido pelo menos duas infracções por diferentes factos ; b) que não tenha sido condemnada definitivamente por uma dellas no momento em que commette a outra.

D'ahi resulta que para applicação do § 2.º não é essencial que as infracções sejam objecto de um só *processo* e que se faça contemporaneamente o seu julgamento. Assim, em processos distinctos e successivos essa disposição deve ser observada, se as infracções forem da mesma natureza e se, ao praticar, o agente, a segunda violação do mesmo art. da lei penal, *não houver sentença passada em julgado* condemnando-o pela primeira violação ; porque, verificada a existencia desta sentença, a regra a seguir não será mais a do *cumulo juridico*, porém a de *accumulações das penas*, incluída a circumstancia aggravante da reincidência. Nem outra é a jurisprudencia nos paizes cujos codigos aceitam aquelle systema, meio termo entre o da accumulção e o da absorpção, pelo qual — *pœna major absorvet minorem*.

Mas, si o juiz não observar na sentença o disposto no § 2.º, ou por entender que não tendo a lei se referido expressamente á hypothese de processos distinctos ella só é applicavel quando as infracções são julgadas em um só feito e no mesmo acto, ou, dando embora toda a amplitude a esse preceito, por não encontrar no segundo processo prova da existencia da primeira condemnação, o condemnado tem o remedio legal no recurso ordinario da *appellação* e esgotando — ou findo o prazo para sua interposição, na *revisão* da causa — art. 87 da Const. da Republica (*Ac. da 2.ª Camara da Côte de Appellação*, de 23 de maio de 1905).

Esta decisão, de que foi relator o então desembargador MNIZ BARRETO, encerra a boa doutrina, de que nos occupamos no n. 458.

XVII. — Ainda que varios tenham sido os factos praticados pelo denunciado, não se lhe poderá imputar mais de um crime quando todos esses factos, cada um dos quaes podia, por si só, constituir um crime, foram realizados com um unico fim, achando-se ligados por uma só deliberação criminosa. (*Parêcer do Procurados Geral, confirmado por accórdão* de 31 de maio de 1909, da 1.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação).

XVIII. — Na hypothese de infracção completa, ou por outras palavras, de concurso *formal* ou *ideal* de delictos, em vista da unidade do facto e pluralidade de lesões juridicas, a pena é regida pelo artigo 66, § 3.<sup>o</sup> do Codigo Penal (*Accórdão da 2.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação*, de 17 de maio de 1910).

XIX. — Dá-se a *aberratio ictus* quando se produz um resultado diverso do representado pelo agente, e essa aberração do resultado é referivel ás circumstancias exteriores (VON LISZT). O denunciado com o proposito determinado de offender a certo individuo, offendeu a terceiros — *pelo mesmo facto e com uma só intenção*. No Brazil o delinquente por *aberratio ictus* só poderá ser punido nos termos do art. 66, § 3.<sup>o</sup> do Codigo Penal (LIMA DRUMMOND).

A applicação da penalidade imposta pelo art. 66, § 3.<sup>o</sup> do Codigo Penal ao denunciado se reveste de tanto maior razão quando, mesmo que se houver admittido o concurso de um crime, dolosamente tentado, com outro, culposamente consummado, no caso ver-tente o concurso de tentativa da offensa physica qanto a J. (onde subsiste o dolo) com o de offensas physicas em M. O. R. e S. C. S. (onde subsiste a culpa), e no dizer do nosso Codigo Penal “quando o criminoso tiver de ser punido por mais de um crime impor-se-lhe-á, no gráo maximo, a pena mais grave em que houver incorrido.” Ora, o caso em questão não terá solução diversa. Haverá sempre mais de um crime, pois que, não cuidando da tentativa de offensas physicas, restariam ainda dois delictos culposos de lesão corporal, e, neste caso, a pena seria imposta ao crime de lesões corporaes no gráo maximo, attendendo a que, pelo mesmo facto e com uma só intensão, foram elles ambos commettidos. (*Setença do Juiz da 1.<sup>a</sup> Pretoria Criminal, confirmada pelo accórdão* de 10 de maio de 1913, da 3.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação).

XX. — O § 2.<sup>o</sup> do art. 66 do Codigo Penal modificado pelo art. 39 do decr. fed. n. 4.780 de 27 de dez. de 1923, só se applica aos crimes continuados. Já em face desse § do art. 66 do Cod.,

anterior á reforma, embora algumas divergencias, parecia elle comprehender o crime continuado; Pedro Lessa sempre se manifestou applicando-o a taes delictos (PIMENTEL DO MONTE, *Ensaio de Dicc. Pen.*, pag. 77; SOLIDONIO LEITE F.<sup>o</sup>, *Comm. á Lei de Imprensa*, paginas 85 e 86). Depois da modificação constante do decr. n. 4.780, dissiparam-se todas as duvidas, conforme os julgados. “O § 2.<sup>o</sup> do art. 66 se applica tão sómente ao crime continuado (*Acc. do S. T. Fed.*, de 31 de out. de 1924 in *Rev. do S. T. Fed.*, vol. 75, pag. 63; *Dec. do S. T. Fed.*, de 28 de fev. de 1925, no L. C. 14.799, in *Rev. do S. T. Fed.*, vol. 81, pag. 285) (*Acc. do S. T. de Just. do Paraná*, de 13 de nov. de 1925).

467 — Jurisprudencia estrangeira.

ITALIANA

I. — E' colpevole di omicidio e di mancato omicidio e non di un solo reato a sensi dell'art. 78 Codice penale che tira diversi colpi per uccidere una persona senza riuscirvi e con uno di essi ne uccide un'altra (*Cass. Roma*, 14 genn. 1891).

II. — L'art. 78. del Codice penale si applica soltanto nel caso di chi con un medesimo fatto viola diverse disposizioni di legge, como sarebbe, ad exemplo, l'incesto con donna maritata, e non nel caso di piú fatti (*Cass. Roma*, 12 apr. 1890).

III. — Perché si possa applicare l'art. 78 del Codice penale, é necessaria l'unità d'azione e di fine (*Cass.* 21 giug. 1890).

IV. — L'art. 78 del Codice penale si applica unicamente quando si tratti di un fatto solo che violi piú disposizioni di legge e non quando si tratti di piú azioni che danno luogo ad altrettanti reati (*Cass. Roma*, 26 febb. 1891).

V. — Incorre nella pena della truffa e della contravvenzione alla legge sui pesi e misure senza potere invocare il principio sancito dall'art. 78 del Codice penale chi fa uso di una misura alterata coll'aggiunzione di una fascetta di ferro (*Pret. di Popoli*, 1.<sup>o</sup> ag. 1890).

VI. — Non é applicabile l'art. 78 del Codice penale a chi con un colpo di rivoltella uccide una persona e con altro colpo contemporaneamente commette un omicidio mancato. L'omicidio ed il porto d'arma sono due fatti distinti, quindi non é applicabile l'art 78 (*Cass. Roma*, 24 mar. 1890).

VII. — Il reacto-continuato si differenzia dal permanente, in quanto consiste nella successiva ripetizione di distinti atti materiali

contrari alla legge, mentre questo consiste in un fatto unico non suscettivo di discontinuità o di intervalli, e che mantiene permanente lo stato antiggiuridico, con fondamento comune di entrambi la *perseverantia sceleris* (*Corte assise Napoli*, 31 lug. 1890).

VIII. — Nei delitti continuati il fatto permane sempre in via di consumazione e, se viene conderati come unico in quanto alla risoluzione criminosa, obiettivamente si hanno pluralità di azioni e diversità di lesioni giuridiche (*Corte app. Napoli*, 14 ag. 1890).

IX. — Ad escludere la ipotesi del reato continuato non basta assodare che gli atti consumativi furono compiuti in tempi diversi, ma occorre indagare se furono l'effetto di una medesima risoluzione e le sentenza che in tema di reato continuato omette tale indagine difetta di motivazione (*Cass. Roma*, 7 mar. 1891).

X. — Perché sussista il reato continuato, é necessario che il giudice si convinca che l'imputato fino dal primo maleficio aveva concepita la risoluzione di ripeterlo e continuarlo sotto le stesse modalità e con gli stessi mezzi (*Cass.* 13 dic. 1892).

XI. — Non ricorre il caso del reato unico e continuato, ma quello di più reati concorrenti, quando non per identica violazione criminosa, ma per identica passione, vengano compiute le diversa violazioni della stessa disposizione della legge penal. — Fattispecie in tema di falsità in cambiali (*Cass. Roma*, 28 mag. 1890)

## BELGA

XII. — Les mots *le même fait* — qu'emploie l'article 65 ne doivent pas être entendus d'une manière restreinte et en ce sens qu'ils ne pourraient s'appliquer qu'un seul acte *material* et aux *conséquences* de cet acte *unique*; mais qu'ils embrassent l'ensemble des faits qui constituent l'infraction, sa *continuation*, l'*exécution* ou *succession* d'une même *volonté* ou *résolution criminelle* (*Cour de Liege*, 21 mars 1868).

Art. 67. Nenhuma presunção, por mais vehemente que seja, dará logar á imposição de pena.

468. — Identica disposição encontramos no art. 36 do anterior código.

Tem-se argumentado que com essa disposição o legislador quiz vedar a prova indiciaria como base de uma sentença condemnatoria, por isso que indícios e presunções são termos equivalentes ou synonymos, e assim estatuiu para evitar que sem a certeza, que só póde advir da prova directa, seja alguém tido como responsavel por um crime.

Primeiramente é de notar que a disposição está deslocada, porquanto não é do dominio da lei penal, mas do direito judiciario, e parte referente á doutrina das provas.

Sua inserção no anterior codigo encontrava explicação em circumstancia especial, não occorrente, porém, por ocasião da elaboração do codigo vigente, que, entretanto, sem mais exame, a reproduziu. O legislador de 1830 achava-se em face do processo puramente inquisitorial, como vinha estabelecido pela Ord. do liv. V, leis extravagantes e praxe, onde o arbitrio tinha largo ambito, em detrimento da liberdade individual, e dahi a sua preocupação de firmar desde logo o principio de que todo o homem presume-se innocente, principio que só deve ceder diante da certeza do contrario, adminiculada por dados concludentes.

“Esta disposição, diz CUNHA AZEVEDO, serve antes para prevenir os perigos de uma investigação ligeira e irreflectida do que para prescrever aos juizes uma regra pratica e distinctamente applicavel.”

“Não é, nem pôde ser considerada uma regra de prova, diz por sua vez FRANCISCO LUIZ, mas apenas uma prudente e solícita admoestação contra as ligeirezas do espirito humano.

E’ uma admoestação de que por mera presumpção, *que é a simples suspeita ou conjectura sobre a existencia do facto ou de seu autor, ninguém pôde ser condemnado.*”

Neste trecho, mostrando a razão e alcance da disposição, o commentador já deixa entrever a differença entre indicio e presumpção, a esta só se referindo o texto legal.

Por *indicio* se entende o signal, vestigio, que mostra e abre caminho a cuidar, suspeitar, presumir com probabilidade a verdade do facto (MORAES).

Em materia penal é o facto, circumstancia accessoria que se liga ao crime, e por onde se conclue, quer que o crime foi consummado, quer que um determinado individuo nelle tomou parte, quer que ha crime e que foi consummado de tal ou tal maneira. Assim, os indicios versam ou sobre o *facto*. ou sobre o *agente* ou sobre o *modo* do facto.

Segundo a relação que mantem com o facto probando, os indicios se dizem *proximos* ou *vehementes* quando acompanham ordinariamente o crime e tem com elle estreita e intima ligação, por ex.: a achada da coisa furtada em poder do réo, sem que este explique a aquisição, as manchas de sangue nas vestes do individuo preso proximo ao lugar e ao tempo do assassinato, etc.; dizem-se *remotos* ou *leves* quando sómente tocam as accidentes do crime, como por ex.: a queixa immediata do offendido, a fuga, a inimidade capital, as ameaças, a comparação de letras, etc., distincções essas de particular importancia em materia processual. Ao passo que o indicio indica assim os *elementos sensiveis, reaes* que indicam um

objecto (*index*, dahi indicio), ou como diz CARRARA, as circumstan-  
cias que nos revelam, pela connexão que guardam com o facto pro-  
bando, a existencia desse mesmo facto, a presumpção, segundo o  
mesmo criminalista, exprime a propria *persuação* dessa existencia,  
ou é apenas a opinião, o juizo conjectural, (MORAES). E quando as-  
sim se conceitua a presumpção extremado-a do indicio, tem-se em  
vista a presumpção *commun* ou *factis* ou *hominis*, e não as cha-  
madas presumpções *legaes*. Estas são as consequencias que a lei  
deduz de um facto conhecido para um desconhecido, e se dizem  
*absolutas* ou *juris et jure*, quando não admittem prova em contrario,  
e *condicionaes* ou *juris tantum*, quando prevalecem até prova con-  
traria. Taes presumpções *legaes* não podem dar lugar á contro-  
versia de que nos occupamos, nem dellas poderia ter cogitado o le-  
gislador na disposição do art. 67. Pelo expellido vê-se que assen-  
tando os indicios em *factos*, podem constituir prova, isto é, a cer-  
teza, desde que mantenham com o facto probando uma relação ne-  
cessaria, justificada pela experinecia, ao passo que consistindo a  
presumpção em conjecturas, em *opiniões* sobre a existencia do facto  
probando, sem guardar com este relações intimas ou necessarias,  
não pôde assumir o caracter de prova. A prova resultante de in-  
dicios se diz *circumstantial* ou *indirecta*, e é tão legitima e suffi-  
ciente para motivar uma sentença condemnatoria, quanto a cha-  
mada prova *directa*, ministrada por testemunhas, pela confissão ou  
por documentos. Effectivamente, em substancia nada ha que dis-  
tinguir entre uma e outra dessas provas, porque assentam no mesmo  
processo logico de deducção.

E que a nossa legislação processual admite a prova indiciaria,  
bastante é ter em vista o art. 144 do Cod. do Proc. Criminal que  
manda o juiz decretar a pronuncia quando se convencer, pelas pro-  
vas colhidas, da existencia do delicto e de quem seja o delinquente,  
e entre as provas que podem produzir essa convicção, acham-se os  
*indicios vehementes* (art. 145). Desde que o legislador, argumenta  
SERGIO LORETO — reconheceu que os *indicios vehementes* têm a força  
sufficien'e para produzir a *convicção*, e esta é indubitavelmente a  
consequencia da *certeza*, impossivel será sustentar que esse mesmo  
legislador não tivera o intuito de reconhecer em taes indicios a ne-  
cessaria força de provar, isto é, de tornar certo um facto criminoso.”  
Certo que a prova indiciaria pôde dar logar a decisões injustas; mas  
tal escolho não evita a chamada prova *directa*. O que se pôde in-  
ferir dahi é que o juiz, recorrendo a prova indiciaria, deve fazel-o  
com toda a circumspecção e cuidado, evitando deliberações precipi-  
tadas. Argumento decisivo contra os oppositores da prova circum-  
stantial apresenta MITTERMAYER, quando diz: “Não se quer reco-  
nhecer que a prova artificial possa formar a certeza quanto ao facto  
de ter o indiciado commettido o crime; no emtanto, singular con-  
tradicção! recorre-se sem duvida a ella, desde que se trata de de-

cidir se o accusado obrou com má fé, ou se commetteu um assassinato voluntario ou involuntariamente.” Cumpre, porém, notar com SERGIO LORETO, que se em processo civil a sentença deve ser um resultado logico do allegado e provado nos autos, como verdade formal, qualquer que seja a convicção do juiz, nos processos crimes as sentenças *condemnatorias* só devem ser proferidas se houver certeza da verdade e portanto convicção da parte do julgador, seja magistrado, seja jurado. No caso, o magistrado desempenha a mesma missão do jurado e a sua resolução fixa-se irrevogavelmente por uma especie de senso intimo juridico. O que é preciso, observa muito bem FRAMMARINO, é que a convicção judiciaria não se funde apenas em apreciações subjectivas do juiz, senão em factos ou indicios que, uma vez submettidos de novo ao juizo desinteressado de qualquer outro cidadão razoavel, possam produzir neste identico resultado. Convém não esquecer, escreve o brilhante autor da *Logica das provas*, que é em nome da consciencia social que se executa a justiça punitiva, e que, portanto o fundamento d acondemnação só é legitimo quando encontra apoio na consciencia social.

Para o magistrado tudo consiste, pois, em comprehender e interpretar bem a convicção social mais do que a sua propria. E essa restricção do arbitrio do julgador é a unica que se nos afigurava verdadeira e efficaz. A fiscalização que a sociedade póde e deve exercer sobre os julgamentos, pela *publicidade* e *motivação* destes, será demais proveito e de mais efficacia, do que quaesquer preceitos legaes, mais ou menos especiosos, e sempre facilmente sophismaveis, com que se pretenda pear tal arbitrio, porque afinal de contas, nada mais se conseguirá do que hypocritamente dissimular-o.”

Em summa : o que o legislador quer proscrever como base de uma sentença condemnatoria, foi a mera presumpção e não os indicios ou prova circumstancial, disposição que tinha explicação no codigo anterior, pelas razões dadas, mas não no vigente, que a reproduziu sem maior exame.

A distincção assignalada entre indicio e presumpção não foi tomada sempre em conta pela nossa jurisprudencia, na vigencia do anterior codigo, diversos arestos se registrando que, confundindo um e outra, proscreviam sua admissão como base de julgamento, como se vê nas revistas de 12 de abril de 1831, 6 de abril e 5 de outubro de 1832, 19 de julho de 1865, 11 de julho de 1868.

Diversa é a orientação da jurisprudencia na vigencia do actual codigo, como se vê das decisões adiante insertas.

#### 469 — Jurisprudencia brasileira.

I. — Os indicios, quando concludentes todos, em reciproco apoio á exclusão de todas as hypotheses favoraveis ao réo, não dão logar a simples presumpções, mas constituem prova sufficiente para au-

torisar a condenção (Ac. do Supr. Trib. Federal, de 16 de janeiro de 1916).

II. — Indícios concludentes e exclusivos de qualquer hypothese favoravel ao réo autorizam a condenção (Ac. da 2.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação, de 23 de janeiro de 1912 confirmando sentença do juiz da 1.<sup>a</sup> Vara Criminal).

**Art. 68.** O condemnado, que achar-se em estado de loucura, só entrará em cumprimento de pena quando recuperar as suas faculdades intellectuaes.

§ unico. Se a enfermidade manifestar-se depois que o condemnado estiver cumprindo a pena, ficará suspensa a sua execução, não se computando o tempo de suspensão no da condemção.

470. — O dispositivo se occupa dos criminosos loucos, isto é, dos individuos que enlouqueceram depois de condemnados, como o art. 29 se occupa dos loucos criminosos, isto é, dos que delinquiram em estado de loucura (vid. n. 150).

A fonte da disposição é o art. 64 do codigo anterior, que mais simplesmente dizia : “Os delinquentes que sendo condemnados se acharem no estado de loucura, não serão punidos enquanto nesse estado se conservarem.” Tanto um como outro codigo encerram uma lacuna, pois não se occupam do criminoso louco indiciado, ou sujeito a processo, não terminado.

Mais previdente foi o codigo portuguez, fonte a que se soccorreu não poucas vezes o nosso legislador de 1890, e que estatue : “Nos que enlouquecerem depois de commettido o crime, se sobreestará, ou no processo de accusação, ou na execução da pena, até que elles recuperem as suas faculdades intellectuaes (art. 114, § unico).

Embora omisso o codigo, applicavel deve ser a regra desta disposição, primeira parte, attenta a razão em que se funda.

Como nota ORTOLAN, é impossivel dizer justiça penal sem dizer ao mesmo tempo direito de defesa, e direito de defesa *personal*, que poderá ser exercido até a decisão definitiva, mas não supprida por *um outro*. E' uma verdade racional, um desses principios superiores fundados na noção geral do direito, que não têm mesmo necessidade de um *texto escripto* para dominar e para deverem ser observados. A jurisprudencia franceza a consagrou.” A nossa tambem, como se pôde ver no n. 151, I.

Quanto á regra do art. 68, é resultante da doutrina classica.

Tratando-se de pena privativa da liberdade, como applical-a, pergunta ORTOLAN, a quem não pôde apprehender-lhe o motivo, o fim, a relação com a acção má que commetteu anteriormente ? Que effeito moral se pôde esperar sobre o espirito de tal condemnado ?

E quanto ao publico, despertado pela piedade ou pela indignação, qual o seu exemplo ? Suspende-se, pois, o exercicio do direito de execução da pena, salvo a retomar seu curso em caso de cura do condemnado, cuja internação em uma casa de saúde, antes que em uma prisão, é o alvitre admissivel. O texto legal, segundo se infere de seus termos, é referente a essa pena de privação da liberdade individual, as outras podendo ser applicaveis, mesmo em estado de loucura do condemnado, a de multa, bem entendido, quando tiver bens para pagal-a. Nestes casos, o efeito penal se operou por força mesmo da lei (*ipso jure*), no momento mesmo em que a condemnação transitou em julgado, sem necessidade de execução material e pessoal.

**Art. 69.** A condemnação do criminoso, logo que passe em julgado, produzirá os seguintes efeitos

a) a perda em favor da Nação ou dos Estados, dos instrumentos e resultados do crime, nos casos em que o offendido não tiver direito á restituição

b) a obrigação de indemnisar o damno

c) a obrigação de satisfazer as despesas judiciaes.

§ unico. Esta responsabilidade é solidaria havendo mais de um condemnado pelo mesmo crime.

**Art. 70.** A obrigação de indemnisar o damno será regulada segundo o direito civil.

471. — Occupa-se o art. 69 dos efeitos civis e geraes da condemnação, e que se discriminam em tres grupos : a) confisco dos instrumentos e productos do crime ; b) indemnisação do damno ; c) satisfação das despesas judiciaes. Não estabelece tambem como efeito civil e geral certas restricções no gozo e no exercicio de direitos privados, como faz o codigo italiano com relação ao ergastulo e á reclusão excedentes de cinco annos, que acarretam a interdicção legal, além de privar a primeira dessas penas o condemnado do patrio poder, do poder marital e da capacidade de testar (art. 39). Para o nosso codigo, a restricção da capacidade do gozo e do exercicio de certos direitos privados se verifica sómente m relação a determinados crimes e como pena complementar (art. 277, § unico).

Apreciemos cada um dos efeitos civis e geraes discriminados pelo art. 69.

472. — O codigo penal italiano, considerando o confisco como efeito civil da condemnação penal, fal-o *facultativo* quando versar sobre coisas que serviram ou foram destinadas a commetter o delicto ou constituam o seu producto, desde que não pertençam a pessoa extranha ao delicto, e fal-o *obligatorio* quando, havendo ou não condemnação, versar sobre coisas cuja fabricaão, uso, porte, de-

tenção ou venda constitue infracção, devendo sempre ser ordenado pelo juiz, ainda que taes coisas não pertençam ao accusado (art. 36).

Para o nosso codigo, segundo o art. 69, letra *a*, o confisco é obrigatorio e tem como presuppostos versar os *instrumentos e resultados do crime* e quando o *offendido não tiver direito á restituição*. Independente de condemnação, póde-se tambem considerar obrigatorio o confisco nos mesmos mesmos casos do codigo italiano. Quando, porém, o codigo se refere aos instrumentos e resultados do crime, não considera o respectivo confisco como mero effeito civil da condemnação penal, mas como pena complementar, como se póde ver nos arts. 239 a 242, 342 a 347, 348 a 350, 384, 385, 351, e em caso de contravenção, art. 369.

Consequencia da falta de orientação segura na regulamentação do assumpto.

473. — Como segundo effeito civil e geral da condemnação penal, enumera o codigo a *obrigação de indemnisar o damno*, declarando no art. 70 que essa *obrigação seria regulada segundo o direito civil*. O codigo anterior, arts. 21 a 32, seguindo orientação diversa, regulava minuciosamente o assumpto, tornando-o objecto do procedimento criminal, mantendo a directriz, do antigo direito portuguez. A Lei n. 261, de 3 dezembro de 1841 veio derogar o codigo, estatuindo no art. 68 que “aindemnisação, em todos os casos, será pedida por acção civil, ficando revogado o art. 31 do Cod. Criminal e o § 5.º do art. 269, do Cod. do Processo, não se podendo, porém, questionar mais sobre a existencia do factio, e sobre quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no crime”, disposição esta ultima que significa que o crime ficou provado e que é autor d'elle a pessoa condemnada. Em tal hypothese a sentença condemnatoria criminal produz o effeito de execução por acção *judicati*, perante o juizo civil, afim de serem liquidadas as perdas e danos causados. Dada, porém, a absolvição do accusado, porque não se provou, ou a existencia do crime, ou que fosse elle o autor, tal sentença não poderá ser opposta como coisa julgada no juizo civil para impedir a acção de satisfação e por obvia razão: o factio póde ser verdadeiro e outra pessoa o seu autor, ou mesmo o accusado, mas sem o concurso das condições da imputabilidade criminal (JOÃO MONTEIRO, e meu *Curso de processo criminal*, ps. 70 a 72, onde me occupo das relações das acções decorrentes do delicto).

O codigo vigente, com os dispositivos dos arts. 31 e 70, que devem ser relacionados, com os respectivos commentarios, manteve a orientação do direito então vigente.

O codigo civil, arts. 159, 160, 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553 regula minuciosamente a satisfação devida por actos illicitos.

Preconisando o systema adoptado pelo codigo criminal, com observações exactas, nota JOÃO VIEIRA que a assembléa legislativa

de 1830, obedecendo neste ponto ás aspirações de BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELLOS, legislador tambem, que por intuição genial se adiantava até ás aspirações da actualidade pelo *desideratum* que realisou, merece que voltemos atraz para fazer honra a um instituto por sua mesma natureza inseparavel de todos os outros de character geral.

As generalisações das doutrinas de BENTHAM, que BERNARDO DE VASCONCELLOS reduziu a disposições legislativas, estão hoje sendo renovadas pelos criminalistas actuaes para fazer parte das codificações penaes. Essa reforma tem merecido a discussão e o voto de sabios congressoos e assembléas, entre os quaes se podem citar o penitenciarios e de anthropologia criminal de Roma em novembro de 1885, a segunda sessão da União Internacional de Direito Penal, de Berne em agosto de 1890 e a terceira de Christiania em 1891, além dos escriptos recentes sobre o assumpto.

Em uma palavra, ou a indemnisação do damno será, como regra, função do juiz criminal, provocado pelo ministerio publico ou de officio, ou será uma illusão, como tem sido até aqui, mesmo para os offendidos não desprovidos de recursos pecuniarios.

Destacar um processo de outro, separar os juizos, regular pelas normas geraes do direito civil, applicavel á vida economica normal, os actos criminosos, fraudulentos da vida economica anormal, é fazer obra inutil e prejudicial aos interesses patrimoniaes do individuo ou da sociedade, atacados pelo crime contra o qual até agora têm sido impotentes, neste ponto, as sancções puramente penaes.”

474. — Como terceiro effeito civil e geral da condemnação penal, o codigo menciona a obrigação de satisfazer as *despezas judicarias*.

Em sentido geral, as despesas judicarias são os gastos estaveis, independentes de qualquer processo, e que o Estado faz com a administração da justiça: têm o character de despesas publicas, para a consecução de fins geraes do mesmo Estado e por isso não são de repetir. Em sentido especial, as despesas judicarias comprehendem tudo aquillo que se desembolsa por occasião da causa, inclusivamente o que a parte vencedora não póde reclamar da vencida. Em sentido mais restricto, as despesas judicarias se dizem *custas* quando são feitas com o seguimento do processo, contadas segundo o Regimento respectivo, e a cargo da parte vencida.

E' nesta accepção que o termo é tomado pelo codigo.

No actual regimen, em que os Estados federados são autonomos, com o direito e o dever de proverem a expensas proprias acerca do governo e administração, sob que vivam, cabe-lhes regular a tabella dos estipendios devidos aos juizes, aos seus officiaes e auxiliares, assim como á parte vencedora, nos litigios e outros actos da administração da justiça.

Estão sujeitos ao pagamento das custas todos os que decahirem da acção em qualquer instancia, salvo sendo o Ministerio Publico, e os condemnados definitivamente.

Pelo art. 307, do Codigo do Processo Criminal, se a accusação fosse promovida sómente pelo Ministerio Publico, sendo o réo absolvido, seria condemnada nas custas a municipalidade, e pelo art. 99, da Lei de 3 de dezembro de 1841, e art. 469, do Reg. n. 120, de 1842, a municipalidade era tambem responsavel pelo pagamento das custas, pela metade, quando o réo condemnado fosse tão pobre que não as pudesse pagar.

Taes disposições, compatíveis com o regimen de centralização administrativa de então, não se coadunam com o vigente systema federativo. A Constituição Federal, art. 68, assegura a autonomia dos municipios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e, nesse intuito, as rendas que arrecadar, não podem ser distrahidas para outro fim. Ora, o serviço da administração da justiça, e especialmente do jury, não visa a satisfação de um interesse exclusivamente local, mas geral, razão porque está confiado ao Estado, que legisla a respeito, provendo nos cargos respectivos e remunerando os funcionarios encarregados de tal serviço. Exorbitante, pois, seria a disposição que puzesse a cargo das municipalidades despesas advindas de tal fonte.

Depois, aquelles dispositivos legaes tinham seu fundamento na compensação resultante dos arts. 56 do Codigo Criminal, 326 do Codigo do Processo, 44 da Lei de 3 de dezembro de 1841 e 483 do Reg. n. 120, de 1842, os quaes mandavam recolher aos cofres das camaras municipaes o producto das multas e quebramentos de fianças, presumindo sufficiente para as despesas com custas e mais para as determinadas nos arts. 47 e 287, do Codigo do Processo, relativas ao serviço do jury (Decr. n. 416, de 22 de maio de 1890, do Governo Provisorio, preambulo).

Ora, se assim é, taes dispositivos não têm mais razão de existir, porquanto taes rendas passaram para os Estados.

Assim, os precitados dispositivos, por contrarios aos principios constitucionaes, estão, por isso mesmo, revogados (Constituição Federal, art. 83).

Tanto a respeito das custas, como da indemnização do damno, estabelece mais o codigo, no paragrapho unico do art. 69, que a responsabilidade respectiva, havendo mais de um condemnado pelo *mesmo crime*, é *solidaria*. Esta solidariedade, pelo que diz respeito ao damno causado, é tambem estabelecida pelo Código Civil, art. 151, § unico, solidariedade passiva essa, regulada pelos arts. 904 a 915, segundo os quaes fica conferido ao credor o direito de exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a divida commum, sendo que no primeiro caso, todos os demais devedores

continúam obrigados solidariamente pelo resto. Não procede o argumento deduzido por MACEDO SOARES, do art. 25, do Código Penal, de que a solidariedade nos casos apreciados não importa em responder um por todos ou ficar ao arbitrio do offendido escolher dentre elles o que mais lhe convenha, responsabilizando-o pela obrigação, cabendo antes a cada um só a obrigação de pagar a sua quota de participação, não só na satisfação do damno, como na das despesas judiciais.

Não procede tal argumento, por que não se trata de *efeitos penaes* da condemnação, e sim de *efeitos civis*, cujas normas reguladoras vêm do direito commum.

O código foi deficiente no regular o assumpto, pois não contempla tambem o caso do concurso de condemnados em um mesmo julgamento e por crimes diversos, hypothese prevista no código italiano, estabelecendo a solidariedade sómente para as despesas communs aos crimes, para os quaes houve condemnação (art. 39).

A unicidade de crime, exigida pelo nosso código, deve ser entendida em sentido material e juridico.

#### 475 — Jurisprudencia brasileira.

I. — E' indisputavel a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos particulares pelos funcionarios publicos, orgams de sua acção, ficando-lhe salvo o direito regressivo contra estes, para haver o que tiver pago pelos seus abusos e omissão (*Accórdão do Supremo Tribunal Federal*, de 27 de julho de 1898).

O principio firmado pelo accórdam acha-se hoje expresso em lei (Código Civil, art. 1.522).

II. — Damno *possivel* ou *eventual* não dá causa a um pedido de indemnisação (*Accórdão do Supremo Tribunal Federal*, de 23 de janeiro de 1901).

III. — Tem sido sempre acceto pela jurisprudencia nacional o principio da responsabilidade do Estado, nas relações *jure gestionis*, pelas malversações, omissões, negligencia ou imprudencia de seus agentes (*Accórdãos do Supremo Tribunal Federal*, de 12 de julho de 1911, 25 de maio de 1912, 20 e 21 de maio de 1913).

IV. — O Estado é responsavel pelo damno causado por actos de seus agentes desde que estes exercitem as suas funções sem usurpar faculdade que, em caso nenhum, lhes competiria, embora tenham procedido com abuso de poder, porque em tal caso ao Estado cabe responsabilisar o seu preposto, mas nunca prejudicar a terceiros (*Accórdão do Supremo Tribunal*, de 10 de maio de 1913).

V. — O brocardo juridico — *electa una via non datur recursus ad alterum* — não é adaptavel ao nosso systema processual, onde, pelo contrario, encontra franca repulsa, consagrada em termos insusceptiveis de duvida. Entre nós, não sendo possivel cumular a acção civil com a penal, cada uma das quaes deve correr *separadamente*, a precedencia da acção civil não póde induzir presumpção da renuncia do direito de querella.

Pelo contrario, com essa precedencia, que obedece, muitas vezes, a uma razão de ordem na disputa do direito, o sujeito passivo do delicto começa desde logo a revelar o intuito de pedir a integral reparação do mal que soffreu. E' indifferente que a acção preceda á criminal ou esta áquella (*Accórdão do Cons. do Tribunal Civil e Criminal do Districto Federal*, de 3 de dezembro de 1896).

#### 476 — Jurisprudencia estrangeira.

##### FRANCEZA

I. — Les dommages interêts, réclamés en matière criminelle, ne sont pas de la même nature, et peuvent n'être pas restreints comme doivent l'être ceux qui sont réclamés en matière civile.

Le préjudice matériel résultant d'un crime ou d'un délit peut, en outre, être accompagné d'un préjudice *morale*, qui doit entrer dans les appréciations du juge, et, par conséquent, *influer sur la qualité des dommages-interêts* qu'il accorde à la partie civile (*Cour de Cassation*, 18 mars 1853).

##### BELGA

II. — Il n'y a pas lieu à solidarité à l'égard de deux prévenus qui, dans une même rixe, ont porté des coups, l'un à une personne, l'autre à une autre personne, ou tous à la même personne, sans qu'aucun concert ait existé entre eux (*Cour de Bruxelles*, 15 décembre 1876).

##### ITALIANA

III. — Il fatto dell'avere la vittima di ferite riportate in rissa provocato essa stessa la rissa non esime il colpevole delle ferite irrogategli dall'obbligo di risarcire i danni, potrà bensì nel calcolo delle indennità aversi riguardo alla parte piú o meno attiva, piú o meno provocante che il ferito possa aver presa nel fatto (*Cass. Roma*, 27 ag. 1891).

## **TITULO VI**

**Da extinção e suspensão da acção penal e  
da condenação**



## TITULO VI

### Da extinção e suspensão da acção penal e da condenação

**Art. 71.** A acção penal extingue-se :

- 1.º, pela morte do criminoso ;
- 2.º, por amnistia do Congresso ;
- 3.º, pelo perdão do offendido ;
- 4.º, pela prescrição.

**Art. 72.** A condenação extingue-se por estas mesmas causas e mais :

- 1.º, pelo cumprimento da sentença ;
- 2.º, por indulto do poder competente ;
- 3.º, pela reabilitação.

**Art. 73.** A condenação suspende-se :

- a) pelo livramento condicional ;
- b) pela fiança (art. 401).

**Art. 74.** As incapacidades pronunciadas pela condenação cessam em consequência do indulto de graça.

**Art. 75.** A amnistia extingue todos os efeitos da pena e põe perpetuo silencio ao processo.

**Art. 76.** A amnistia e a remissão das penas por indulto de graça não eximem o agraciado de satisfazer a indemnização do damno.

**Art. 77.** Nos crimes pelos quaes se não pôde proceder senão por queixa da parte, o perdão do offendido extingue a acção penal, mas não faz cessar a execução da sentença, se o condemnado recusar acceital-o.

477. — O legislador foi levado a tratar neste titulo das causas da extinção da acção penal e da condemnação, porque importando em tratar da extinção do direito de punir, a definição e enumeração de cada uma dessas causas são do dominio do direito penal. A's leis do processo ficava determinar os actos ou a forma por que em juizo deviam ser propostas, provadas e julgadas taes causas (JOÃO MENDES DE ALMEIDA).

Nese ponto de vista se collocou tambem o legislador italiano, segundo se vê da *Relazione* de VILLA.

“Alguns têm considerado que a cessação da acção penal e dos efeitos da condemnação seja antes materia do processo do que da lei substantiva. Mas investigando as razões e o fim das disposições aqui compendiadas é facil persuadir que propriamente ellas respeitam os modos idoneos de extinguir o direito de punir e não sómente a paralyzar e perimir o exercicio e applicação formal delle ; modos extinctivos do direito, que são constituídos ou por certas condições resolutivas, ou por certos limites restrictivos dos efeitos penaes. Assim, com toda razão, tanto no direito *constituído* quanto no *constituendo*, se têm sempre considerado esta materia como *parte integrante da lei penal e do processo*, o que tem muita importancia especialmente no direito transitorio.”

Lacunoso em extremo era o nosso anterior codigo, supprido depois pelo Codigó do Processo Criminal e pela Lei de 3 de dezembro de 1841. Segundo o codigo vigente os casos de extinção da acção são communs á condemnação, tendo esta de privativos o cumprimento da sentença, o indulto e a rehabilitação.

Não se mencionam como causa extinctiva da acção a sua *perempção*, e como causas extinctivas da acção e da condemnação a *desistencia do offendido e a morte do accusador*, em acção puramente privada. Além de outras lacunas em pontos essenciaes, de incongruencias, encerra o codigo enxerto injustificavel no art. 73, como bem nota JOÃO VIEIRA, porquanto a soltura condicional e a fiança no caso do art. 401, não suspendem a condemnação. O livramento condicional é, no systema progressivo adoptado pelo codigo, um estagio da condemnação, que continúa em vigor até a conclusão do tempo do cumprimento da pena.

Dá-se a mesma coisa em relação á fiança, que é tambem uma phase da condemnação differente da do trabalho a que foi condemnado o vadio ou vagabundo. Qaulquer que seja a hypothese, não ha suspensão, pois, como diz GARRAUD, a pena continúa em curso até o livramento definitivo do condemnado.

Passemos a apreciar cada uma das causas extinctivas da acção, e da condemnação, ou melhor do direito de exercer a acção penal e do direito do executar a condemnação.

a) MORTE DO CRIMINOSO

478. — Pessoal como é a responsabilidade criminal, é bem de ver que a morte do acusado ou do condemnado extingue o direito de punir. *Mors omnia solvit*. Inspirando-se no art. 85 do código penal italiano, o nosso legislador não soube redigir o art. 71, n. 1, de modo satisfactorio, de sorte a evitar duvidas, quando lacunosos eram o código anterior e leis do processo.

Recorrendo á fonte do código e á critica e commentarios respectivos, podemos dizer que a morte extingue tambem as penas pecuniarias, salvo as que foram satisfeitas, porque a respeito destas a condenação estava extincta antes da morte do criminoso.

Entende JOÃO VIEIRA que, muito embora a má redacção do artigo 69, letra a, que parece tratar de codemnação irrevogavel, a morte não extingue a execução pelo sequestro ou confisco dos instrumentos ou productos do crime.

b) AMNISTIA E GRAÇA INDIVIDUAL E COLLECTIVA

479. — Da amnistia, como causa extinctiva da acção e da condemnación, e do indulto, como causa extinctiva da condemnación, se occupa o código nos arts. 71 n. 2, 72 princ. e n. 2, 74, 75 e 76, e que vamos apreciar juntamente para mostrar as affinidades e differenças que têm entre si, nem sempre discriminadas como devem ser na pratica legislativa e judiciaria.

Em accepção ampla, a palavra *graça* comprehende todos os actos de clemencia, porque, em tal sentido, todo o favor concedido pelo poder social aos que delinquiram, é um acto de graça.

Neste sentido a *graça* comprehende a *amnistia*, a *graça* propriamente dita e a *rehabilitação* (GARRAUD, HAUS, PESCATORE).

A *amnistia* é o acto pelo qual o poder publico, por motivo de utilidade social, declara impuneis todos aquelles que, até certo dia, commetteram determinados delictos. Succede sempre ás commoções intestinas e intervem quer antes, quer depois da condemnación, suprimindo o processo, o julgamento, abrangendo não factos isolados, mas os crimes de um determinado genero, quaesquer que sejam os seus autores. Nos termos do art. 34, n. 27 da Constituição Federal, é da *attribuição privativa* do Congresso Nacional a concessão da amnistia.

A *graça* propriamente dita é o favor concedido pelo poder politico aos réos definitivamente condemnados e que consiste na extinctão, diminuição ou commutação da pena que lhes foi imposta. Distingue-se em *graça individual* ou *perdão* e em *graça collectiva* ou *indulto*.

A primeira constitue um recurso extraordinario, que póde ser interposto pelo condemnado ou pelo ministerio publico, quando o

processo fôr evidentemente nullo, ou a condemnação se fundar em falsa prova ou em falsa causa.

O *indulto* ou *graça collectiva* é uma medida politica, graça *espontanea* do poder publico, concedida em dias de festa nacional, ou sob proposta das autoridades administrativas.

Embora o codigo se refira a esta modalidade da graça, empregando aliás incorrectamente a expressão *indulto de graça*, nos artigos 74 e 76, devemos entender subtendida a outra modalidade, a graça individual ou perdão, razão não havendo para excluil-a, e além disso prevista expressamente pela Constituição Federal.

A graça favorece o réo extinguindo toda a pena, reduzindo-a ou commutando-a, sendo que neste ultimo caso, nas penas previstas pelo codigo e sem aggravar a situação do réo, do contrario ficam prevalecendo os efeitos da sentença condemnatoria que passou em julgado.

Cabe ao Congresso Nacional commutar e perdoar os crimes de responsabilidade de funcionarios federaes, e ao Presidente da Republica a concessão do indulto e commutação da pena nos crimes sujeitos á jurisdicção federal, excepto os referidos nos arts. 34, n. 28 e 52 § 2.º da Constituição Federal, os quaes são da competencia privativa do Congresso (art. 48, n. 6), excepções que se explicam attendendo-se a que, reputados agentes do poder executivo os empregados federaes, poderiam delinquir por suggestão ou conselho do chefe do Estado, em conluio com elle, ou, ao menos, com o seu assentimento tacito, certo da impunidade que o direito de graça asseguraria (BARBALHO).

No Districto Federal e no territorio do Acre, por isso que são sujeitos á União, cabe ao Congresso e ao Presidente da Republica ahí exercer o direito de-graça individual ou collectiva.

Quanto aos Estados, por seus Congressos e Presidentes ou Governadores, cabe igual direito e quanto aos crimes de sua jurisdicção, assim se entendendo como direito implicitamente concedido pela Constituição Federal, que considerou util o instituto da graça individual ou collectiva (BRAZ ARRUDA).

480. — Do expendido podemos deduzir as seguintes caracteristicas differenciaes entre a amnistia e a graça propriamente dita :

a) *Por seu caracter* — A amnistia apaga o delicto, ou para usar a dicção do codigo — *extingue todos os efeitos da pena e põe perpetuo silencio ao processo* (art. 75). Dahi porque o crime por ella attingido não pôde ser levado em conta para a computação da reincidencia ; dahi porque se restituem as multas e objectos confiscados, salvo os que podem ser apprehendidos em qualquer tempo. como armas prohibidas, etc.

A graça reconhece a existencia do crime, só ataca a condemnação, quer isentando o réo da pena imposta, quer modificando-a, no *pri-*

*meiro destes casos cessando as incapacidades pronunciadas pela condenação* (art. 74), como as que constituem a interdição, prevista no art. 55, as do exercício de funções, empregos e officios publicos.

b) *Pela natureza dos delictos a que se applicam* — A amnistia refere-se a delictos politicos ; a graça a delictos communs.

c) *Pela extensão de seus effeitos* — A amnistia é geral, no sentido de comprehender todos os que tomáran parte no delicto practicado, sem que se torne necessario individualisal-os ; o indulto é particular, limita-se ao delinquente, ou delinquentes aos quaes especialmente favorece.

d) *Pela autoridade de que emana* — A amnistia dispensando a execução da lei, só pôde ser acto do poder legislativo, ou do Congresso Nacional, de que é, pela Constituição, acto privativo ; a graça, por via de regra, é acto do poder executivo.

e) *Pela época em que podem ser concedidas* — A amnistia pôde ser concedida em qualquer tempo, e mesmo independentemente de qualquer processo intentado ou a intentar ; a graça só é concedida depois de sentença condemnatoria passada em julgado.

Pontos de contacto e semelhança entre os dois institutos :

a) A amnistia apaga o delicto, mas não pôde apagar o facto, se a sociedade desiste do direito de punir, não pôde, entretanto, prejudicar interesses de terceiro, adquiridos com a realisação do mesmo facto. Dahi, conclue-se que a amnistia, como a graça, dá logar á satisfação do damno causado, o que aliás vem expresso no art. 76 do codigo.

b) A amnistia, como a graça, pôde ser completa ou limitada, quanto ao delicto ; pôde ser geral ou parcial, quanto aos individuos que comprehende, conforme o bem social o exigir.

c) A amnistia, como o indulto, não pôde ser renunciada, porque é determinada pelo bem publico e utilidade social : salvo, como na graça se em vez de melhorar, agravar a situação do réo.

d) A applicação da amnistia e sua interpretação, como a graça, compete ao poder judicial (OBARRIO, GARRAUD, WHITAKER, JOÃO VIEIRA). Nessa função, a este poder não cabe indagar dos motivos, nem da justiça ou oportunidade da medida, e apenas interpretar o decreto, determinando o alcance da providencia quanto aos factos a que se applica e ás pessoas a quem aproveita, ou julgar a amnistia ou a graça conforme a culpa. Verificada a ob ou subrepção de circumstancia essencial, o decreto será devolvido com a exposição da circumstancia e, neste caso, decidida pelo poder competente a duvida como improcedente, será o decreto julgado conforme, como se duvida não houvesse Reg. n. 120 de 1842, arg. do arts. 421 e 422, Decr. n. 1.458 de 14 de outubro de 1854, arts. 6 a 10, Decreto n. 3.048 de 14 de novembro de 1898, 2.<sup>a</sup> parte, art. 416, JOÃO MENDES, WHITACKER).

c) PERDÃO DO OFFENDIDO

481. — O código só falla do *perdão do offendido* e não tambem da *desistencia da accusação*, que é tambem meio extinctivo do direito de punir, como tal reconhecido em nosso direito judiciario.

*Desistencia* é o bandono expresso ou presumido da accusação, neste ultimo caso produzindo o que se chama perempção da acção ou perda do direito do autor de continuar no procedimento, como nos casos previstos no Cod. do Processo Criminal, art. 221 e Reg. n. 120, de 1842, art. 337, e no Cod. penal, art 281, § unico, neste quando se refere á reconciliação, cujo effeito extinctivo amplia á condemnação

*Perdão* é a declaração expressa da parte offendida da remir o réo de culpa e pena pelo crime por que o accusava ou podia accusar.

Póde assim occorrer relativamente á acção ou á condemnação.

Tanto a desistencia, como o perdão só podem produzir os effeitos notados nos crimes pelos quaes se não póde proceder senão por queixa da parte (Cod. penal, art. 77, Reg. n. 120 de 1842, art. 338). Segundo este art. 88 do código vigente, o perdão *não faz cessar a execução da sentença, se o condemnado recusar acceital-o*. Criticando esta disposição, nota JOÃO VIEIRA que semelhante excepção é absurda, porquanto prevê e resolve uma hypothese quasi gratuita, como a do individuo que já condemnado recusa o perdão para ter o prazer de cumprir a pena.

Emquanto elle não é condemnado comprehende-se que recuse o perdão para defender-se e mostrar a sua innocencia, mas já condemnado é absurdo. O código confundiu coisas muito diversas."

O systema adoptado pelo código, fazendo depender absolutamente da vontade do offendido a sorte do delinquente, representa um resquicio da vindicta privada, o que importa dizer um systema que não condiz com o hodierno direito penal.

Na pratica judiciaria, é fertil de negociatas immoraes, de verdadeiras *chantages*. Segundo o direito francez, nos casos de adultério, rapto, diffamação e injuria, nos delictos de caça e pesca, nos de falsificação industrial, a acção penal, que é sempre publica, só póde ser proposta pelo ministerio publico, mediante provocação do offendido, mas uma vez iniciada, em seu andamento nenhuma influencia mais exerce a parte. Pelo direito italiano, seguindo um meio termo, o perdão ou remissão é em regra causa extinctiva da acção penal e por excepção tambem da pena.

Quanto á transmissibilidade *causa mortis* do direito de perdão, em face do nosso direito, podemos firmar as seguintes conclusões :

a) Essa transmissão, como a da acção respectiva, não é admissivel, por se tratar de direito personalissimo. b) O direito de queixa, e consequentemente o de perdoar, póde, porém, por excepção, ser exercido pelo conjuge, ascendentes, descendente ou irmãos do de

*cujus*, em caso de injuria ou calumnia contra a memoria deste (artigo 324 do Cod. penal).

Quanto á extensão dos effeitos do perdão, nada dispõe o código, como faz o italiano, estatuinto que o conferido a um dos indiciados beneficia os demais (art. 88), e, assim, no silencio, seus effeitos são restrictos. Quanto ao seu conteúdo, extingue a acção penal e a condemnação, cessando as incapacidades decorrentes desta.

#### 482 — Jurisprudencia brasileira.

I. — Nos crimes, em que não se pôde proceder senão por queixa da parte, fica extincta a acção penal com o fallecimento do queixoso (*Ac. do Supremo Tribunal de Justiça* de 5 de maio de 1874).

II. — A amnistia, podendo ser *geral, restricta, absoluta* ou *condicional*, sómente ao poder legislativo, que pela Constituição Federal tem a attribuição privativa de decretar, assiste o direito incontestavel de estabelecer as garantias e condições, que julgar necessarias ao interesse do Estado, á conservação da ordem publica e causa da justiça (*Ac. do Supr. Trib. Federal*, de 20 de janeiro de 1897)

III. — Fallece competencia ao poder judiciario para annullar as condições e restricções incluídas na lei que concede amnistia (*Ac. retro-citado*).

IV. — E' consequencia do caracter geral da amnistia que ella se extenda aos delictos accessorios que se prendem ao crime politico (*Ac. do Sup. Trib. Federal*, de 4 de julho de 1900).

V. — As expressões — *indulto e perdão* — são synonymas. O Presidente da Republica só pôde perdoar ou indultar penas impostas a réos condemnados por sentença (*Ac. do Sup. Trib. Federal*, de 3 de julho de 1901).

VI. — O perdão concedido ao réo não obsta a revisão do seu processo crime, como não a inibe a sua morte; em tal syppothese a revisão tem por fim a rehabilitação do condemnado (*Ac. do Supr Trib. Federal*, de 3 de julho de 1909).

VII. — O indulto, pelo art. 72, § 2.º do Cod. Penal, extingue a condemnação, e, portanto, seria absurdo pelo simples facto de não ter o decreto de graça se referido implicitamente á pena pecuniaria, concluir-se que ella subsiste, maximé no caso concreto em que está convertida em prisão. O perdão, que a nossa Constituição equiparou ao indulto, é a renuncia que faz o poder publico, seja para

atenuar o erro judiciario, seja para extinguir a execução da pena, lesvirtuar-se-ia desde que se mantivesse a subsistencia da pena pecuniaria, sem expressa e formal declaração do decreto. Na doutrina corrente que o perdão da pena principal acarreta sempre o da pena pecuniaria, ainda não satisfeita. Não colhe o argumento tirado do facto de subsistirem todas as incapacidades do indultado decorrentes da sentença condemnatoria, bem como a obrigação de satisfazer o damno e as custas, porque o acto de graça não tem effeito retroactivo, abole apenas os effeitos juridicos do crime, exonera o condemnado do resto do castigo pronunciado pelo poder competente, mas não apaga, como a amnistia, a acção delictuosa (*Ac. da 3.ª Camara da Côte de Appellação*, de 25 de novembro de 1914).

VIII. — Em face do art. 77 combinado com o art. 71 n. 3 e 407 § 2.º do novo Codigo penal, o perdão do offendido sómente extingue a acção e põe termo ao processo nos crimes em que se não póde proceder senão por queixa da parte, como os de que trata o citado art. 407 ns. 1 e 2, e não nos crimes como de lesões corporaes leves, visto que a respeito deste cabe denuncia do promotor publico, embora seja permittida tambem a queixa do offendido, mas intervindo sempre o mesmo promotor por parte da justiça (arts. 407 § 2.º e 408 do dito codigo). O art. 71 n. 3 não deve ser entendido isoladamente, em sentido generico, e sim de accôrdo com os arts. 77 e 407 § 2.º, em sentido restricto ; porque, do contrario, resultaria que em qualquer crime, ainda mesmo de natureza grave, o perdão do offendido teria o effeito de dirimir a acção da justiça publica, que assim ficaria dependente da parte offendida ; o que seria um verdadeiro paradoxo. Entender o art. 71 n. 3 do Cod. penal sem ser de combinação com os arts. 77 e 407, § 2.º do mesmo codigo, é admittir e suffragar uma intelligencia absurda e contraria aos principios e intuitos do legislador do novo Codigo penal brasileiro. Segundo a antiga jurisprudencia criminal, o perdão do offendido, nos crimes em que não cabia a denuncia, extinguia a acção penal e punha termo ao processo, sem condição alguma, quer antes, quer depois da sentença ; no dominio da nova lei penal, porém, o mesmo perdão produz effeito naquelles crimes em que hoje não cabe denuncia, sem dependencia da vontade do offendido, antes da sentença condemnatoria, e depois desta, sómente quando não houver recusa em accital-o por parte do condemnado (*Ac. do Tribunal de Justiça do Piauhy*, de 12 de maio de 1892).

IX. — Entre os modos por que se extingue a acção penal include-se a *perempção* da accusação pelo não comparecimento do autor.

A disposição do Cod. do Proc. (art. 221) sobre perempção não foi derogada pelo Cod. penal (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 23 de outubro de 1894).

X. — Não ha logar desistencia em processo crime, mas sim perdão, depois de haver passado em julgado a sentença condemnatoria (*Ac. da Relação do Pará*, de 12 de setembro de 1900).

XI. — O indulto ou perdão concedido ao autor do crime aproveita aos co-réos condemnados em cumprimento de pena imposta (*Ac. do Tribunal de Relação de Minas Geraes*, de 11 de fevereiro de 1903).

#### 483 — Jurisprudencia estrangeira.

### FRANCEZA

I. — L'amnistie éteint l'action publique et fait naitre un exception d'ordre public, à laquelle les inculpés eux-mêmes ne peuvent pas renoncer (*Cour de Cassation*, 10 juin 1831, 22 janvier 1879, 12 fevrier 1870).

II. — L'amnistie ne couvre pas les faits accessoires, commis soit par la même personne, soit par d'autres et qui, indépendamment du fait principal, constituent un delit distinct (*Cour de Cassation*, 8 et 10 mai 1811, 28 février et 6 mars 1812).

III. — En matiere d'adultere, l'action publique dirigée contre la femme et son complice est, para sa nature, indivisible. Par suite, cette action est éteinte à l'égard de ces deux prévenus lorsque le mari se désiste, au cours de la plainte par lui formée contre sa femme. Il en est autrement si la femme a été déclarée coupable de ce delit par un jugement dénué irrévocable. Dans ce cas, l'indivisibilité cesse d'exister et le pardon du mari ne peut profiter au complice, qui reste soumis aux regles du droit commun, soit, au point de vue de la poursuite, soit au point de vue de la condamnation quil a encourue (*Cour de Cassation*, 1 mai 1891).

**Art. 78.** A prescripção da acção, salvo os casos especificados nos arts. 275, 277 e 281, é subordinada aos mesmos prazos que a da conedmnação.

**Art. 79.** A prescripção da acção resulta exclusivamente do lapso de tempo decorrido do dia em que o crime foi commettido. Interrompe-se pela pronuncia.

**Art. 80.** A prescripção da condemnação começa a correr do dia em que passar em julgado a sentença, ou daquelle em que fôr interrompida, por qualquer modo, a execução já começada. Interrompe-se pela prisão do condemnado.

§ unico. Se o condemnado em cumprimento de pena evadir-se, a prescrição começará a correr novamente do dia da evasão.

..Art. 81. A prescrição da acção e da condennação interrompe-se pela reincidencia.

Art. 82. A prescrição embora não allegada, deve ser pronunciada *ex-officio*.

Art. 83. A acção criminal e a condemnnação, nos crimes a que a lei infligir exclusivamente pena pecuniaria, prescreverão em um anno, a contar da data do crime ou da condemnnação.

Art. 84.. A condemnnação a mais de uma pena prescreve no prazo estabelecido para a mais grave.

§ unico. A mesma regra se observará com relação á prescrição da acção.

..Art. 85. Prescrevem :

Em um anno, a condemnnação que impuzer pena restrictiva da liberdade por tempo não excedente de seis seis mezes ;

Em quatro annos, a condemnnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de dois annos ;

Em oito annos, a condemnnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de quatro annos ;

Em doze annos, a condemnnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de oito annos ;

Em dezeseis annos, a condemnnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de doze annos ;

Em vinte annos, a condemnnação que impuzer pena de igual natureza por tempo excedente de doze annos.

#### DEC. N. 4.780, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1923

Art. 33. A prescrição de que trata o art. 85 do Código Penal realizar-se-á : a) em um anno, quando a condemnnação impuzer pena restrictiva da liberdade pessoal, por tempo não excedente de seis mezes ; b) em dois annos, quando a condemnnação impuzer pena de igual natureza, por mais de seis mezes e menos de um anno ; c) em quatro annos, quando a condemnnação impuzer pena de igual natureza, por um anno até dois annos ; d) em seis annos, quando a condemnnação impuzer pena de igual natureza,

por mais de dois annos até tres annos; c) em oito annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza, por mais de tres annos até quatro annos; f) em 10 annos quando a condemnação impuzer pena de igual natureza, por mais de 4 annos até 8 annos; g) em 12 annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza, por mais de 8 annos até 10 annos; h) em 16 annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza, por mais de 10 annos até 12 annos; i) em 20 annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza, por tempo excedente de 12 annos.

**Art. 34.** Prescrevem :

§ 1.º Em 10 annos, a pena de interdicção (art. 43, letra f, e art. 55 do Código Penal):

§ 2.º Em cinco annos, a pena de suspensão do emprego :

§ 3.º Em 10 annos, a pena de perda de emprego.

**Art. 35.** As disposições dos artigos precedentes são applicaveis, de accôrdo com o que estabelece o art. 78 do Código Penal, á prescripção da acção penal, regulando-se esta pelo maximo da pena abstractamente comminada na lei ou pela que fôr pedida no libello, ou, finalmente, pela que fôr imposta em sentença de que sómente o réo houver recorrido.

**Art. 36.** A prescripção da interdicção, suspensão ou perda do emprego só começará a correr depois de cumprida a pena restrictiva da liberdade pessoal, a que forem adjectas ou de que forem effeitos aquellas penas.

**Art. 37.** A prescripção da acção penal, que começa a correr da pronuncia, interrompe-se pelo despacho que esta confirma e bem assim pela sentença condemnatoria recorivel.

484. — Entende-se por prescripção o meio de se libertar das consequencias penaes de uma infracção pelo effeito do tempo fixado e sob as condições determinadas pela lei (HAUS). Se no direito civil, a prescripção, fundada no presumido abandono do direito, pela inercia do respectivo titular, póde ser acquisitiva (usocapião) e *liberatoria* ou *extinctiva*, no direito penal, onde tem outro fundamento, é sómente liberatoria ou extinctiva, e póde affectar, ou o *direito de acção* que emana do delicto, ou o *direito de execução* que se origina da condemnação. Esta ultima modalidade não se encontra no direito romano, onde só com a *lex Julia de adulteriis* se admittiu a perscripção da acção pelos crimes nella previstos.

Só com a revolução franceza, e pela lei 25 de setembro — 6 de outubro de 1791 é que foi reconhecida a prescripção da condemnação, exemplo seguido pelas demais legislações, excepção de algumas que a repelliram expressamente, como a ingleza, os codigos prusiano, art. 49, toscano, art. 95 e o nosso de 1830, art. 65, e outros que a não admittem para certas penas, como a de morte, as perpetuas.

O codigo vigente admittre não só a prescripção da acção, como a da condemnação (arts. 78 e 80), regulando, porém, lacunosa, e até incongruentemente o assumpto, como veremos.

485. — A legitimidade da prescripção penal não tem sido reconhecida unanimemente, nem uniformemente em doutrina.

Para tratadistas de renome, mesmo da escola classica, a prescripção, maximé com a largueza com que tem sido adoptada em codigos modernos, nada mais é do que a expressão da impunidade, e, por isso, mau exemplo para as massas populares, encorajando os criminosos á pratica de delictos, especialmente de natureza leve, cujo tempo de prescripção sendo mais reduzido, lhes garante a impunidade, pelo homizio em lugar seguro, por toda a sorte de expedientes préviamente estudados (HENKE, SERVIN, ZACHARIAE, GRINDLER, etc.). Para os que admittem o instituto, sua razão justificativa não é vista uniformemente, pois uns a vêm por um prisma puramente moral e hypothetico, considerando que os temores, as angustias, os remorsos que podem assaltar o culpado durante o tempo em que subtrahiu-se á acção da justiça, representam uma sufficiente expiação do delicto commettido, quasi que um equivalente da pena (LE SELLYER, HELIE, BOITARD, etc.); outros que com o decorrer do tempo os dados probantes em que se podiam fundar a accusação e a defeza se dispersam ou se perdem, e dahi as probabilidades accentuadas de erro, razão que se erige em principio absoluto, quando não passa de uma presumpção, que os factos, em grande numero de casos desmentem, e que confirmada só poderia explicar a prescripção da acção, mas não a da condemnação.

Finalmente, para os tratadistas, que se filiam á escola eclectica, inspiradora do nosso e muitos outros codigos, a prescripção tira sua razão de ser do proprio fundamento do direito de punir, que resulta da reunião de duas idéas — a justiça e a utilidade social.

De facto, se a primeira parece condemnar a prescripção, a segunda a justifica: o castigo, muito afastado do delicto ou da condemnação, torna-se inutil, quer pela obliteração da recordação do facto, quer por ter desaparecido a necessidade do exemplo, e, assim cessando o damno mediato, cessando de existir o direito de punir para a sociedade, reintegrada naturalmente a ordem juridica violada (CARRARA, GARRAUD, HAUS, etc.) Trata-se, pois, de uma presumpção, isto é, que o decurso do tempo faça cessar o interesse

de punir, o que nem sempre corresponde á realidade, e além disso olvida-se o aspecto intrinseco do problema, a culpabilidade, a temibilidade do agente factos justamente posto em relevo pela escola criminal positiva no caso. A prescripção só se pôde justificar, não com presumpções, mas com a realidade, quando se demonstrar que o individuo, por seus precedentes, por sua conducta, pelo genero do crime commettido, não se tornou temivel, e assim, em face de quem peccou, mas soube redimir-se, é que cessa para a sociedade o interesse de punir (GAROFALO, FLORIAN, OLIVIERI, ZERBOGLIO, etc.).

Como quer que seja, fundando-se a prescripção penal no interesse da sociedade e não do culpado, é um instituto de *ordem publica*, character aliás commum ás outras causas extinctivas da acção e da condemnação penal, mas que se nota especialmente porque neste ponto differe essencialmente a prescripção penal da civil, esta organizada principalmente no interesse do possuidor e do devedor.

Assim, a prescripção penal é outorgada de *pleno direito* ao culpado independente de sua vontade, donde as consequencias: a) Que elle não pôde renunciar a prescripção adquirida, reclamando o julgamento do facto imputado, afim de provar sua innocencia, ao juiz ou tribunal só cabendo verificar se a prescripção está ou não consummada e assim julgando — *Qui non potest condemnare, non potest absolvere*. b) Embora não allegada, a prescripção deve ser decretada *ex-officio*, regra expressa no art. 82 do nosso codigo, e a observar qualquer que seja a phase do processo. Pela mesma razão incumbe ao ministerio publico requerer a sua decretação. c) Opposta como meio de defesa, pôde isto ser feito em qualquer termo do processo, quer pelo proprio interessado, quer por seu procurador, independente da presença do prescribente ou mesmo por qualquer terceiro (GARRAUD, VILLERET, PESSINA, LEGRAVEREND, MERLIN, RAUTER, JOÃO MENDES).

#### a) PRESCRIPÇÃO DA ACÇÃO PENAL

486. — Apreciando a prescripção da acção penal primeiramente quanto a sua *extensão*, e attento seu fundamento, como vem deduzido pela escola eclectica, inspiradora de nosso codigo, é applicavel a todos os crimes e contravenções, previstos no mesmo codigo ou em leis especiaes. Embora no art. 79 se faça referencia só ao termo — *crime*, este deve ser tomado em sentido generico, como comprehensivo daquellas duas modalidades de infracção, diante da regra ampla do art. 71, n. 4, e da ausencia de motivos impeditivos da prescripção das contravenções.

A excepção a esse principio deve vir expressa, e dahi porque a Lei n. 515, de 3 de novembro de 1898, art. 14, attendendo a razões especiaes, declarou explicitamente imprescindivel o crime de moeda falsa quando o réo é domiciliado ou está homisiado em paiz extran-

geiro. Não se pôde, pois, tirar argumento em contrario da circumstancia de ter o código regulado o tempo da prescrição da acção sómente em relação aos crimes puniveis com as penas restrictivas da liberdade e pecuniarias, subordinando, no art. 78, essa prescrição aos mesmos prazos que a da condemnação, que segundo o artigo 85 só comprehende aquéllas penas. Tal lacuna, só explicavel pela inhabilidade do autor do código, devia ser preenchida segundo os principios geraes do direito. Decidiu-se que em casos de suspensão e perda de emprego, devia-se recorrer á legislação anterior, constante dos arts. 150 e 154 do Cod. do Processo Criminal (*Ac. do Trib. de Justiça de São Paulo*, de 1.º de agosto de 1912, cuja summa vê-se adiante).

O Supr. Trib. Federal tinha decidido desse e de modo diverso, applicando também a disposição do art. 83 aos casos daquellas penas, por isso que affectam o patrimonio, e se trata de direito substantivo, regido pelo código e não pela legislação anterior, que era adjectiva ou processual.

O Decr. n. 4.780, de 1923, arts. 34 e 36, veio sanar a omissão, regulando a prescrição da interdicção, da suspensão e perda de emprego.

487. — Encarada a prescrição quanto á *duração*, o criterio dominante é que a quantidade do termo se determina em razão da gravidade do delicto, e assim pela pena a applicar.

Dahi porque em França a prescrição da acção é fixada em dez annos para os *crimes*, em tres annos para os *delictos* e em um anno para as *contravenções*. (Cod. de Instr. Crim., arts. 637. 638 e 640).

No cod. italiano, art. 91, vemos também a prescrição fixada diversamente segundo a gravidade dos delictos e das *contravenções*.

O nosso legislador procurou também seguir a mesma orientação, mas talvez, para simplificar, *tout court*, sem se aperceber, porém, do contrasenso a que ia chegar, subordinou os prazos da prescrição da acção aos mesmos da prescrição da condemnação (artigo 78). Ora, é de elementar intuição, que se tratando de factos diversos, regras também diversas devem governal-os.

Emquanto a acção corre seus termos regularmente, os estados da mente quanto ao crime e seu autor, podem ir se positivando accentuadamente da *ignorancia*, para a *duvida*, para a *suspeita*, para a *opinião*, estados de espirito do juiz que se traduzem por actos processuaes determinados, gerando no publico similhaes estados de consciencia. A *certeza*, porém, do facto pesquisado e seu autor, só se estabelêce definitivamente quando a sentença condemnatoria torna-se irrevogavel, declarando, então, solemnemente determinado individuo responsavel por determinado delicto.

A certeza assim, manifestada pela decisão judicial, grava-se muito mais fundamente no espirito publico, com muito maior durabilidade do que qualquer dos outros estados que, por não estabelecerem adhesão firme do espirito ao objecto pesquisado, tendem a esvaecer-se mais ou menos promptamente.

Ora, se a prescrição assenta na obliteração da recordação dos factos, e esta se verificando mais facilmente quando delicto e delinquente são objecto das pesquisas judiciais e não quando ha decisão irrevogavel, não ha como justificar a disposição do art. 78, que não encontra analoga nas legislações estrangeiras, e haja vista a franchezza, duplicando em geral os prazos da prescrição da acção quando se trata da prescrição das penas (Cod. de Inst. Crim. arts. 635, 636, 639), etc.

488. — Para a *computação* da prescrição é preciso ter em vista primeiramente seu presupposto, a pena, perquirindo se deve ser tomada abstractamente, como vem fixada na lei, ou se concretamente, como devia ser applicada no caso, de accordo com as circumstancias apuradas, segundo as regras do art. 62.

E' ponto que o legislador não tomou em devida consideração, dando redacção clara ás regras editadas, dando logar a divergencias accentuadas, entendendo uns que a pena devia ser considerada em abstracto, outros em concreto. A questão sómente foi resolvida, por via legislativa, pelo Decr. n. 4.780, de 1923, art. 35 que manda tomar "o maximo da pena abstractamente comminada na lei ou a que fôr pedida no libello, ou, finalmente, a que fôr imposta em sentença de que sómente o réo houver recorrido." E' uma solução racional.

489. — Estatuindo sobre o *decurso* da prescrição da acção, o art. 79 do nosso codigo diz que ella "*resulta exclusivamente do lapso de tempo decorrido do dia em que o crime foi commettido.*"

Inspirada na legislação franceza, já a Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, art. 34, estatuiu que a prescrição conta-se do *dia em que foi commettido o delicto*. Nos arts. 32 e 33, como já fazia o Cod. do Processo Criminal, arts. 54 a 56, se graduavam os termos conforme eram ou não afiançaveis os delictos e a presença ou ausencia dos réos, condições não requeridas pelo codigo vigente, que faz depender *exclusivamente* do tempo a consummação da prescrição. Do alludido art. 79 do codigo, se vê que o termo se conta por dias (*de die ad diem*), e não de hora a hora (*de momento ad momentum*). Surge, então, a questão de saber se no termo da prescrição se deve contar o dia em que foi commettido o delicto (*dies a quo*), ou não. Pela negativa se pronunciam ORTOLAN, CARRARA e outros, para os quaes o dia do delicto sendo o do nascimento da acção penal e o termo da prescrição o que o extingue, se aquelle

prescrição da acção a sentença condemnatoria não transitada em julgado (codigo toscano, art. 94) e os que admittem tambem simples actos processuaes (codigos francez e sardo). Nessa orientação comedida, as causas adoptadas têm evidentemente o effeito de reviver o facto delictuoso, antepondo-se assim á acção do tempo. E' bem de ver que a pronuncia ou a reincidencia só interrompem a prescrição da acção se antes de qualquer desses factos já não tenha decorrido o tempo preciso para consumir essa prescrição. E' de notar que para o reconhecimento desta, pela ausencia de causas interruptivas prescinde-se do exame do merito, se a pena em abstracto indicado no codigo é tal que seu maximo de tempo já se tenha verificado; no caso contrario é necessario o exame, pois só diante da constatação do facto, de seu agente responsavel e das circumstancias occurrentes é que se pôde fixar a pena em concreto, que servirá de base a computação da prescrição. Assim, uma semelhante pesquisa, que não tem por fim condemnar ou absolver, mas reconhecer ou não o prescrição, se torna necessaria (FLORIÁN, DE ROBERTIS).

Respondendo o accusado por dois delictos, dispõe o art. 84 que a prescrição se regula *pela pena mais grave*. E', pois, a respeito desta que se apreciam as causas interruptivas da prescrição.

E' uma disposição que não se justifica, nota JOÃO VIEIRA, outra sendo a solução dada pela jurisprudencia italiana a aceita pelos autores.

Assim, diz MAJNO, que a prescrição extinguindo a acção penal em termos diversos, conforme a gravidade especifica do crime a que se refere, disto deriva que dada tambem a connexidade entre crimés de gravidade diversa, cada um fica sujeito á prescrição particular propria e não se pôde sustentar que a prescrição mais longa se applique tambem aos crimes menores".

Se o art. 84 do codigo não se refere a crimes connexos é ainda mais injustificavel, porque é um desmentido solemne ás regras que o codigo particularizou nos arts. 83 e 85".

O art. 84 só pôde ter applicação aos crimes connexos, porque só então encontra explicação a regra alli contida, que se funda na necessidade de não quebrar o elo que une entre si diversos crimes, de facilitar a prova e a defesa e de dar á justiça uma base para proferir a sua decisão, agrupando em um mesmo processo todos os factos e circumstancias que se ligam ao crime principal. O Decr. numero 4.780, de 1923 veio trazer modificações, estatuinto no artigo 37 que: "a prescrição da acção penal, que recomeça a correr da pronuncia, interrompe-se pelo despacho que a esta confirma e bem assim pela sentença condemnatoria irrecorrivel".

491. — Subordinando os prazos da prescrição da acção aos da condemnação, o codigo resalvou, porém, os casos especificados nos

arts. 275, 277 e 281. No art. 275 não se trata propriamente da prescrição da acção, mas do *direito de queixa privada*, ou melhor *privativa*, nos crimes de violencia carnal e de rapto, comprehendida na excepção do art. 78, por acarretar a da acção.

Olvidando, porém, a differença entre uma e outra, com os decorrentes efeitos praticos, assimilou-as inteiramente, o accord. do Supr. Tribunal, proferido no “habeas-corpus” n. 6.418, de 1920. Foi voto vencido o ministro EDMUNDO MUNIZ BARRETO, que em brilhante explanação mostrou a alcance da disposição, sua fonte, a distincção e efeito decorrentes, e tão convincentes os argumentos que o Tribunal no “habeas-corpus” n. 6.530, do mesmo anno os suffragou, voltando á antiga jurisprudencia. O voto foi assim fundamentado :

“Seguindo o systema do Codigo Penal italiano, o nosso Codigo de 1890, estabeleceu as regras relativas á *prescrição da acção penal e da condemnação*, reconhecendo que esse instituto é de direito substantivo, porque o que se extingue é propriamente o *direito do Estado á pena*, decorrente do acto violador da ordem juridica.

Ainda inspirado no Codigo Penal italiano, o Codigo brasileiro dispoz não só sobre a prescrição da acção e da condemnação, como tambem *sobre o caso especial da prescrição do direito de queixa privada* (arts. 78 e 275).

Essa circumstancia extinctiva *impede o exercicio do direito de querella* por parte do offendido, ou de quem tiver qualidade para represental-o, nos crimes previstos nos arts. 266 a 273 do Codigo Penal (violencia carnal e rapto). *Decorrido o espaço de tempo de seis mezes*, contado da data em que o crime foi praticado, *não é mais permittido exercer o direito de queixa privada*, ou melhor, — o *direito de queixa PRIVATIVA*, em se tratando de algum daquelles delictos (cit. art. 275). Fica, *ipso facto*, *prescripta a acção penal*, que não pôde ser exercitada, porque o primeiro acto da sua existencia, — *a queixa do offendido*, ou de seu representante, *não é mais admittida*.

E porque a prescrição do *direito de queixa privada* ou *privativa* envolve a prescrição da *acção*, o legislador patrio não duvidou comprehender num só enunciado, de par com o caso do art. 275, os dos arts. 277, *in fine* (*acção penal por crime de lenocinio commettido pelo marido contra a mulher*) e 281 (*acção penal por crime de adulterio*), á semilhança do que fez o legislador italiano no art. 91, segundo o qual — “*La prescrizione, SALVO I CASI NEI QUALI LA LEGGE DISPONGA ALTRIMENTI, estingue L’AZIONE PENALE*”, de conformidade com as *regras geraes* que em seguida enuncia.

Entre nós, as *regras geraes* constam dos arts. 83 (quando a pena é exclusivamente pecuniaria) e 85 (quando a pena é restrictiva da liberdade). Tres excepções abriu o nosso legislador ás regras do art. 85: a) a do art. 275, que dispõe que “o DIREITO DE QUEIXA

PRIVADA PRESCREVE, *findos seis mezes, contados do dia em que o crime fôr commettido*”, — crime de violencia, carnal ou de rapto; b) a do art. 277, que declara *prescrever em tres mezes a ACÇÃO PENAL por crime de lenocinio do marido contra a mulher, acção que sómente pôde ser exercitada por queixa dada pela mulher*; c) a do art. 281, segundo o qual a ACÇÃO por crime de adulterio compete *exclusivamente aos conjuges e “prescreve no fim de tres mezes, contados da data do crime”*.

Respeito os crimes de injuria, calumnia e parto supposto, nos quaes a ACÇÃO tambem é privativa da parte offendida, ou de quem tiver qualidade para represental-a, — consoante o disposto no artigo 407, § 1.º e § 2.º, n. 2, do Codigo Penal, — dominam quanto á prescripção as regras *geraes* do art. 85.

Ha, portanto, tres situações distinctas no tocante á *prescripção* da acção penal dessa natureza: 1.ª, a do art. 275, que se refere *ao periodo de tempo em que é permittido offerecer a queixa, — seis mezes, e ocorre antes desse offerecimento*; não sendo admittido nenhum meio interruptivo dessa prescripção especial, pois que, cessando de correr semelhante periodo com apresentação da queixa, é absurdo dizer que a *pronuncia o interrompe*, quando é certo que esta, a pronuncia, é sempre *posterior á queixa*; 2.º, a dos arts. 277 e 281, que abrange *tanto o tempo anterior á apresentação da queixa, como o posterior*, interrompendo-se pela pronuncia, se esta fôr proferida *antes de decorrido o prazo de tres mezes, contados da data do crime*; 3.ª, a do art. 407, § 1.º, e § 2.º, n. 2, combinado com os arts. 315 a 320, e 285 (injuria, calumnia, e parto supposto) na qual os prazos para a prescripção são os *communs*, podendo ella dar-se quer *antes*, quer *depois* da queixa.

Do mesmo modo que o Codigo Penal italiano, e afastando-se de outros Codigos (entre elles o portuguez), que estabelecem *prescripção especial* para todos os casos de acção provocada por queixa privativa da parte, o legislador brasileiro dispoz no art. 78 do Codigo de 1890 que *sómente* nos casos ahi citados é que não serão seguidos os prazos *communs* para a prescripção da acção, ficando, porém, a elles sujeita a *prescripção da condemnação*.

Por outras palavras: que os prazos marcados para a prescripção da *condemnação* no artigo 85 *não regulam a prescripção da acção* se ocorrer o caso do art. 275, ou o do art. 277, ou o do art. 281.

Eis o texto do art. 78: “A prescripção da acção, *salvo os casos especificados nos artigos 275, 277 e 281, é subordinada aos mesmos prazos que a da condemnação*.”

“Casos especificados nesses tres artigos são as *especies*, os *phenomenos juridicos ahi individuos*. A especie individuada no artigo 275 vem ser “o EXERCICIO DO DIREITO DE QUEIXA PRIVADA” nos crimes previstos nos capitulos 1.º e 2.º do titulo VIII, do liv. II, do Codigo.

A especie individuada no art. 277 é o *exercício da ACÇÃO PENAL pela mulher*, quanto ao crime definido no principio dessa artigo. A especie individuada no art. 281 é o *exercício da ACÇÃO PENAL pelo conjuge*, respeito o delicto do art. 279.

Por serem apenas tres as excepções, o nosso Codigo não reproduzio as palavras do art. 91 do Codigo italiano, as quaes por isso que regem numero maior de hypotheses exceptuadas, especificadas em diversos artigos desse Codigo e em leis especiaes, empregou uma formula ampla, *comprehensiva de qualquer casos exceptuados da regra geral* : “*salvo i casi nei quali la legge disponga altrimenti*”.

Os dois primeiros casos que o Codigo italiano apresenta são *identicos* ao nosso do artigo 275, menos quanto ao tempo do prazo, que no brasileiro é de *seis mezes*, e no italiano é de *um anno* : “*Della violenza carnale, della corruzione di minorenni e dell’otrangio al pudore... Art. 336. Per i delitti preveduti nei precedenti articoli non si procede che a querela di parte; ma la querela NON É PIU AMMESSA trascorso un anno dal giorno in cui il fatto fu commesso o ne ebbe notizia chi abbia diritto di presentare la querela stesse in vese dell’offeso*”. Del ratto... Art. 344”. (Disposição identica á do artigo 336). O terceiro caso tambem é de prescripção do *direito de queixa privativa*, o qual compete ao conjuge offendido (adulterio), e está previsto no art. 356 : “*La querela NON É PIU AMMESSA dopo tre mesi dal giorno in cui il conjuge offeso abbia avuto notizia del fatto*”.

Quando dispõe sobre outra excepção, — a prescripção, no tocante aos crimes de diffamação e de injuria, — differente é o enunciado do texto desse Codigo. Não falla em prescripção do *direito de querela, de queixa da parte offendida*; mas simplesmente de *prescripção da acção penal*. “Art. 400. Per il delitti preveduti in questo capo non si procede *che a querela di parte*. Art. 401. *L’azione penale* per i delitti preveduti nel presente capo si prescrive in un anno nei casi preveduti nell’art. 393 e in tre mesi nei casi preveduti negli articoli 395 e 396”.

No art. 275, o nosso Codigo adoptou o criterio seguido pelos arts. 336, 344 e 356 do Codigo italiano; nos arts. 277 e 281, adoptou o criterio seguido pelo art. 401 desse Codigo. O primeiro criterio é differente do segundo. Por aquelle, o offendido ou seu representante legal tem um prazo inferior ao da prescripção da acção *para dentro delle apresentar a sua queixa*; não o fazendo, a queixa *não é mais admittida*, e a consequencia é ficar prescripta a acção penal; se offerecer a queixa, a prescripção da acção *reger-se-ha pelas regras geraes estabelecidas para esse meio extinctivo*. Pelo segundo criterio, a queixa póde ser offerecida emquanto se não dá o transcurso do especial prazo marcado para a prescripção de determinada *acção*.

O crime imputado ao paciente é o de rapto, comprehendido no caso do art. 275. O criterio a observar é o primeiro, cumprindo indagar sómente se a queixa foi offerecida *dentro dos seis mezes*.

A razão por que o nosso Codigo, como o italiano, marcou prazo *especial*, e menor do que o do tempo fixado para a prescripção da acção já iniciada, encontramol-a brilhantemente exposta numa das melhores monographias sobre “os delictos contra os bons costumes e contra a ordem das familias”, da lavra do professor COSTANZO CALOGERO : “Il legislatore, considerata l'indole speciale di questi reati, nell'art. 336 oltre che derogare alla regola generale della *perseguibilità d'ufficio*, stabilisce una norma *speciale* in riguardo alla *prescrizione* dell'azione penale; e *diversamente di quanto dispone nell'art. 91, NON AMMETTE PIU' LA QUERELA, TRASCORSO UN ANNO DAL GIORNO IN CUI AL FATTO FU COMMESO* o ne ebbe notizia chi avrebbe avut *diritto di querelarsi* invece della persona offesa. — Duopo un anno di *voluntario silenzio*, quando *le tracce del reato sono scomparse e si é perduta perfino la memoria del turpe fatto*, LA QUERELA NON *potrebbe essere diretta* ALLA RIVINDICAZIONE DELL'ONORE DELLA FAMIGLIA, ma serebbe strumento di tarda vendetta o di vergognosi ricatti. A questa limitazione per l'esercizio dell'azione penale un'altra ne aggiunge i legislatore nel corpverso dell'art. 336, per temperare l'arbitrio lasciato alla parte lesa nella persecuzione di questi delitti: che la remissione cioé non é produttiva di effeto se fatta dopo che fu aperto il dilattimento”.

Que são coisas distinctas a prescripção do “direito de querela prevativa do offendido” e a “prescripção da acção penal”, embora verificada aquella, se opere esta, como o seu resultado immediato, mostra-o, entre outras legislações, o Direito penal allemão. Alli, “independente da prescripção da acção”, cujos prazos o Codigo estabeleceu no art. 67, “ha a prescripção do direito de queixa privada”, regulada pelo art. 61 direito que se extingue, “quando esta não é dada dentro de tres mezes”. Em o numero dos crimes em que a queixa é indispensavel para o exercicio da acção penal estão o “rapto” (arts. 236 e 237)) “e a seducção de menor” (art. 232).

“As offensas de certos bens, — escreve VON LISZT, — só se apresentam como taes e só têm importancia para a ordem publica, “quando o offendido della se resente e disto dá testemunho na fôrma prescripta pela lei (requerendo o procedimento criminal contra o offensor). A offensa ao pudor de uma moça pôde ser por ella tomada como uma caricia ou como “uma profunda offensa á sua honra”. Neste caso, “a apresentação da queixa é uma condição de punibilidade: a assignação de um prazo *dentro do qual ella deva ser dada* justifica-se com bons fundamentos...” Considere-se o “estupro”, cujo processo até a Novella de 1876 dependia de “queixa”, ou considere-se a seducção de “uma menor de 18 annos, de procedimento irreprehensivel (art. 182). Em taes casos. o Estado tem

desde o começo, “interesse em que se proceda contra o crime”; mas a este interesse “contrapõe-se terminantemente o do offendido (pois a investigação e a discussão do facto, o “*strepitus fori*” não seriam para elle mais do que uma nova offensa, e talvez superior em gravidade á primeira). Por amor do offendido, o Estado desiste de fazer valer o seu direito á pena, “emquanto o offendido não declara, propondo a queixa”, que no caso occurrente o interesse pelo não procedimento contra o crime não se dá... O direito de queixa é subordinado a um prazo; “extingue-se” (Codigo penal, art. 61)), “quando a queixa não é dada dentro de tres mezes” (*Trat. de Dir. Pen. Al.*, trad. pelo Dr. JOSÉ HYGINO, tom. 1, pags. 311-320).

O Codigo do Processo Penal desse paiz permite ao offendido “exercitar a acção penal e a accusação” em todos os crimes que sómente podem ser levados a juizo por queixa da parte

Como observa FIORETTI, commentando o Codigo Penal italiano, “non bisogna confondere “questo termine stabilito *unicamente* per la *presentazione* della querela con la prescrizione *della azione penale* che rimane rezolata delle norme dell’art. 91”.

Nada importa que no Reino da Italia o Ministerio Publico, como succede na França, — seja “il dominus dell’azione penale”, na phrase de CONSTANTINO CASTORI (*Delle azioni dirivanti dal reato*, pg. 22), não cabendo nunca á parte queixosa promover directamente os termos do processo e da accusação, diversamente do que se acha estabelecido de modo absoluto entre nós. O que é certo é que naquelle paiz, — em cuja lei (convém repetir) “o nosso legislador se inspirou”, no tocante á materia que constitue o objecto dos presentes autos, — ao Ministerio Publico é licito requerer o procedimento criminal e accusar, nos casos acima referidos, “sómente quando o offendido ou o seu representante legal apresenta sua queixa, expondo o facto criminoso e pedindo a intervenção desse Ministerio”; e se a parte faz essa apresentação dentro do prazo marcado na lei, a prescripção da acção penal passa a ser regida pela “regra geral”.

Attestam os autos que o crime teve execução no dia 9 de fevereiro de 1919, e que a queixa foi apresentada e recebida a 9 de julho desse anno, isto é, “antes dos seis mezes”. A 10 de março ultimo deu-se a pronuncia do paciente como incurso no art. 270, paragrapho 1.º, combinado com o art. 273, n. 2, do Codigo Penal, sendo o maximo da pena “tres annos e seis mezes de prisão cellular”.

Offerecida como foi a queixa “dentro do prazo legal”, não ha mais cogitar da prescripção “do direito de exercel-a”. O representante legal da menor “não preferio guardar o silencio sobre o facto”; preferio pedir a punição do culpado, enfrentando o “*strepitus fori*”. Da representação da queixa em tempo util, nasceu a situação “commum no tocante á prescripção da acção penal”, correndo o prazo se-

gundo a regra “geral” estabelecida no art. 85, combinado com o art. 89 do Código.

Qualquer outra interpretação, revogatória de uma jurisprudência de “quasi trinta annos” dos tribunales brazileiros, sobre contradizer formalmente o pensamento expresso com clareza pelo legislador e a origem historica do texto penal (e a origem é o mais poderoso auxilio para interpretar a lei), trará quasi sempre, — pela grande difficuldade de terminar o processo, “com sentença condemnatoria passada em julgado”, dentro de tão curto espaço de tempo, — a prescripção da acção penal, por isso que o Código de 1890 deixou de incluir o salutar principio, consagrado pela maior parte das legislações, — “de ficar interrompida a prescripção *por qualquer acto do processo, desde que seja pequeno o tempo marcado para ella*”.

Vid. n. 497.

492. — Quanto aos seus *effeitos*, aprescripção da acção, por isso que é fundada no esquecimento presumido do delicto, deve produzir os mesmos *effeitos* da amnistia, e assim apaga o character delictuoso do facto.

O agente é reputado innocente porque a constatação do facto incriminado torna-se impossivel (GARRAUD, VILLERET).

Na prescripção da condemnação, porém, como veremos depois, se o réo é subtrahido da execução, não se apaga o que registra a sentença. Dado o *effeito* assignalado á prescripção da acção, dahi porque o procedimento não deve ser iniciado pelo ministerio publico, nem admittido pelo juiz se verificada estiver a prescripção.

Nossas leis processuaes exigem, por isso, que a denuncia ou queixa mencione o tempo em que o delicto foi perpetrado (Cod. do Proc. Criminal, art. 79, § 6.º).

Assim, se o accusado tiver sido pronunciado, deve ser dada baixa á culpa, reconhecida que seja a prescripção.

#### b) PRESCRIPÇÃO DA CONDEMNACÃO

493. — Trata-se aqui da extincção do direito de execução penal, por não ter sido exercido durante certo tempo. Segundo o código penal italiano, art. 95, são prescriptiveis todas as penas, excepção feita do ergastulo e da interdicção perpetua dos officios publicos, esta só eliminada mediante rehabilitação (FLORIAN, TUOZZI).

Segundo o direito francez e belga a prescripção da condemnação não tem essa extensão. Argumentam seus expositores que no caso tratando-se da extincção da execução por não ter sido exercida durante certo tempo, a prescripção só póde comprehender as penas materialmente executaveis, ou que se manifestam por actos exteriores, exercidos sobre a pessoa (morte, prisão, expulsão) ou sobre os bens

(confisco, multa). São imprescriptíveis as penas que produzem seus efeitos independentemente de actos materiaes, desde que a condemnação se tornou irrevogavel, de sorte que é impossivel ao condemnado subtrahir-se dellas.

Taes são as penas que o attingem em sua capacidade e em seus direitos ou que consistem em simples prohibições, ordinariamente ligadas como accessorio ou complemento de penas principaes restrictivas da liberdade (GARRAUD, VIDAL, PRINS, HAUS). E' a esta orientação que se prende o nosso codigo, determinando só a prescrição da condemnação com relação as penas restrictivas da liberdade pessoal e ás penas pecuniarias (arts. 83 e 85). Assim, pondera MARCONDES ROMEIRO, nem mesmo suppondo-se que o condemnado tenha cautelosamente conseguido subtrahir-se aos efeitos da condemnação, por exemplo, que o pae, privado do direito que a lei concede sobre a pessoa da filha induzida á prostituição (art. 277), se estabelecesse em logar onde não fosse conhecido e continuasse a exercer o patrio poder, nem por isso poderia invocar a prescrição da pena, para ser novamente investido do poder de que achava privado.

Uma semelhante *posse* referente a estado que condemnado perdeu diz GARRAUD, é impotente para lh'o restituir. O estado das pessoas não pôde ser adquirido nem perdido por prescrição.

O Decr. n. 4.780, de 1923, art. 34, veio estabelecer a prescrição das penas de interdicção, de suspensão e perda de emprego.

494. — Nos termos do art. 80 do nosso codigo, que se inspirou no art. 96 do codigo italiano, a prescrição da condemnação pôde ter inicio: a) *do dia em que passar em julgado a sentença*, o que se verifica, ou quando intimada pessoalmente ao réo este não appella no prazo legal, ou quando interpondo esse recurso, não é provido, publicada devidamente a decisão da entrancia superior, prolatora da decisão do recurso; b) *do dia em que fôr interrompida, por qualquer modo, a execução já começada*.

O segundo caso presuppõe a execução já começada, mas que se interrompe, correndo então, a prescrição do dia da interrupção, o que se pôde verificar: a) quando sobrevem a loucura do condemnado (art. 68, § unico); b) quando se verifica a sua evasão (art. 80, § unico); caso este, que não obstante estar comprehendido na clausula — *por qualquer modo* — do art. 80, foi destacado para objecto de seu paragrapho unico, no intuito de afastar qualquer duvida a respeito, em face da natureza illicita do facto; c) com o livramento condicional e com fiança (art. 73). Se a pena fôr exclusivamente pecuniaria, prescreverá em um anno, á contar da data da condemnação (art. 83). Por precedentes, cabem aqui as considerações que, em sentença, quando juiz da 3.<sup>a</sup> vara criminal do Districto Federal, expendeu o Dr. GEMINIANO DA FRANÇA :

“O Cod. Penal, art. 80, consigna, de um modo geral, que o inicio da execução da sentença passada em julgado interrompe a prescrição.

E o Cod. italiano, que foi em materia de prescrição o inspirador do nosso, preceitua no art. 96: “a prescrição do condemnacão decorre do dia em que a sentença se torna irrevogavel, ou daquelle em que é interrompida, por qualquer modo, a execução já começada da condemnacão. Qualquer acto da autoridade para a execução da sentença, legalmente notificado ao condemnado, interrompe a prescrição”. O codificador brasileiro ao transplantar para o nosso direito essa disposicão, copiou simplesmente a primeira parte, e, ou por esquecimento ou por julgar inutil, não fez menção da segunda, que a completa: dahi a necessidade de interpretar o citado art. 80, combinando-o com o dispositivo integral, que lhe deu origem. Na condemnacão da pena pecuniaria os actos attinentes a liquidal-a não podem, sem attentado á logica, deixar de ser considerados um começo de execução, e, portanto, acarretar a interrupção do prazo prescriptivo: a citação regularmente feita para o condemnado entrar em lapso de tempo determinado com a importancia da condemnacão equivale, sem contestação, á captura nos crimes em que ha imposição de pena corporal.

Especial, como é a pena de multa, não póde estar sujeita ás regras estrictamente estabelecidas nos artigos do codigo para a interrupção da prescrição das penas restrictivas da liberdade. A doutrina mais racional e corrente, relativamente á interrupção da prescrição da multa, é, róra de duvida, a que a subordina ás regras communs de direito civil. ORTOLAN, *Eléments de droit pénal*, p. 785, diz: a interrupção da prescrição da pena pecuniaria rege-se pelos mesmos principios que a da prescrição civil; VON LISZT, *Trat. de dir. penal*, vol. I, p. 427, declara: a execução da pena pecuniaria deve reger-se pelos mesmos preceitos, concernentes á execução das sentenças civeis; PINCHERLI, *Manuale de dir. penale*, p. 131, affirma: qualquer acto tendente a proceder á cobrança da pena pecuniaria interrompe a prescrição: A. PRINS, *Science pénal et droit positif*, p. 567, segue a mesma doutrina, restringida, apenas, a força interruptiva a certos e determinados actos executorios como a penhora, o arresto, etc. Vê-se, consequentemente, do exposto, que a verdadeira interpretação do art. 80 doCodigo é a que foi dada pelo despacho recorrido. Se não fôr a intimação para o condemnado entrar no prazo legal com a pena pecuniaria para os cofres publicos, que outro acto judicial haverá em face dos arts. 58 e 59 doCodigo e do Decr. n. 595, de 18 de março de 1849, a que se poderia emprestar o caracter de começo de execução? No caso vertente, além da intimação regular e legalmente feita para dentro do prazo entrarem os condemnados com a multa, foi ainda mais feito o arbitramento e o calculo da commutação em prisão pelo contador, antes de expirado

o anno da prescrição. Estes actos são inaubitavelmente, dada a natureza da pena, o modo instantaneo de seu cumprimento e a forma processual violenta de sua liquidação, interruptivos da prescrição liberatoria”.

495. — No art. 85 estapeiece o codigo os prazos da prescrição da condemnação das penas restrictivas da liberdade. O modo por que foi redigido tem dado logar a duas interpretações, ambas perfi-lhadas pelo Supr. Trib. Federal, dando logar ao spectaculo nada edificante de decidir ora em um sentido em outro mui diverso, conforme a maioria occasional de ministros que sigam uma ou outra interpretação.

Em um sentido, exclusivamente em favor dos reos, tem-se en-tendido que o texto legal não se referindo as penas intermedias de seis mezes a dois annos, de dois a quatro annos, de quatro a oito annos, de oito a doze annos, e não se podendo admittir como impres-critveis taes penas, diante da regra geral dos arts. 71, n. 4 e 72 princ., nem como subtendidas as palavras — *não excedente* — de que usou o legislador nas lineas primeira e sexta, porque tal pro-cesso de interpretação extensiva contra o condemnado é inadmissivel em direito penal, outra solução não pôde haver senão ampliar o termo menor até o limite fixado pela lei, dando assim applicação ao brocardo — *benigna amplianda, odiosa restringenda*. Assim, ap-plica-se a disposição da primeira alinea tambem á condemnação que impuzer pena por tempo *excedente* de seis mezes e *inferior* a dois annos; a disposição da segunda aliena tambem á condemnação que impuzer pena por tempo *excedente* de dois annos e inferior a *quatro* annos; a disposição da aliena terceira tambem á condemnação que impuzer pena por tempo *excedente* de quatro annos e inferior a *oito* annos; a disposição da *aliena* quarta tambem á condemnação que impuzer pena por tempo *excedente* de oito annos e *inferior* a *doze* annos (ESCOREL, JOÃO MENDES e outros).

A outra interpretação, unica admissivel, por conforme aos prin-cipios, á *mens ratio* e á propria letra do codigo, parte da distincção entre interpretação por força de comprehensão e applicação analo-gica (vide n. 16) e com apoio naquella, perfeitamente admissivel em direito penal, mostra que o legislador tomando por base a quan-tidade da pena, como criterio regulador dos termos da prescrição, e como não era possivel determinar para cada quantidade prevista na lei, o tempo precisamente correspondente para a prescrição, considerou tão sómente seis periodos, enunciados nas seis alineas do art. 85. Assim; enunciou, em regras successivas, começando das penas menores e subindo gradativamente ás maiores, os periodos de tempo de prisão, dentro dos quaes se operaria o meio extinctivo, de modo que em cada uma das regras coubesse o que nas outras não se achasse incluido, isto é, do modo que se não pudesse appli-

proposto pelo delinquente — a prescrição deve correr da data do ultimo acto praticado para alcançar o fim e não da do acto inicial (*Acc. do Supremo Tribunal Federal*, de 13 de outubro de 1917).

VI. — Para que possa começar a correr o prazo da prescrição da condenação, é preciso que esta passe em julgado (art. 80, primeira alinea, do Código Penal), o que sómente pôde verificar-se depois de publicado o respectivo accórdão (*Accs. do Supremo Tribunal Federal*, de 14 de junho de 1916, 22 de dezembro de 1917 e 29 de maio de 1918).

VII. — A prescrição da condenação começa a correr do dia em que passa em julgado a sentença e não da data do crime (Código Penal, art. 80). Não é certo que só depois do “cumpra-se”, lançado pelo juiz inferior, transita em julgado o accórdão; pelo contrario, só depois que passa em julgado, baixam os autos para receberem aquelle despacho (*Acc. do Supremo Tribunal Federal*, de 13 de abril de 1918).

VIII. — Não estando expressamente determinado no Código Penal o prazo da prescrição para o caso de exceder a pena de seis mezes e ser inferior a dois annos de prisão, deve ser applicada, em vez da regra da segunda alinea do art. 85, a da primeira alinea, por ser mais benigna, tendo-se em vista, não o maximo da pena estabelecida para o delicto, mas a que foi imposta ao réo. (*Acc. do Supremo Tribunal Federal*, de 10 de maio de 1919). Assignando-se vencido, fundamentou o seu voto o ministro PEDRO LESSA, por esta fórmula: “O art. 85, do Código Penal estatúe que prescreve em um anno a condenação que impuzer pena restrictiva da liberdade, por tempo não excedente de seis mezes.”

Na seguinte alinea dispõe que prescreve em quatro annos a condenação que impuzer pena de igual natureza “*por tempo de dois annos*.” E’ evidente, e ainda mais evidente se torna pela leitura das seguintes alneas, que o legislador, na expressão: “*por tempo de dois annos*”, quiz dizer, como na alinea anterior, tempo não excedente de dois annos. Ao contrario teriamos uma série de crimes imprescriptiveis, e taes seriam todos aquelles cujas penas tivessem como limites seis mezes e dois annos. Em um anno só prescrevem os delictos, cuja pena restrictiva da liberdade não fôr excedente de seis mezes. O mesmo raciocinio poderia applicar-se ás alneas seguintes do art. 85, o que daria em resultado ser imprescriptível a maior parte dos crimes. A interpretação que sempre tem sido dada ao art. 85 repelle a opinião deste accordam. Tendo sido o paciente condemnado a um anno de prisão cellular o seu delicto só prescreve em quatro annos, e, portanto, não está prescripto”.

Accordes com este voto se manifestaram os ministros EDMUNDO LINS e GUIMARÃES NATAL.

No mesmo sentido do accordam supra é o de 11 de junho de 1919, com tres votos vencidos.

IX. — Nos crimes de violencia carnal e rapto, não sendo miseravel a pessoa offendida, prescreve em seis mezes a acção penal (*Acc. do Supremo Tribunal Federal*, de 12 de maio de 1922).

X. — O accordam que confirma uma sentença constitue com ella um só julgado e com a mesma data. Confirmada, pois, uma sentença condemnatoria, a prescripção da condemnação começa a correr da data da sentença confirmada e não do accordam que negou provimento á appellação (*Acc. do Supremo Tribunal Federal*, de 23 de julho de 1924).

XI. — O decr. n. 4.743, de 1923, é lei especial sobre delictos de imprensa e nessas circumstancias o dispositivo do seu art. 23, que rege a prescripção de taes crimes, não se pôde dizer derogado pela disposição do art. 33, do decr. n. 4.780, do mesmo anno, que é lei geral, e áquelle se não refere, alterando-o explicita ou implicitamente (*Acc. do Supremo Tribunal Federal*, de 2 de abril de 1928).

XII. — A deportação, como penalidade fixada na lei penal (Codigo Penal, art. 400, § unico), ha de estar sujeita á prescripção, embora os dispositiyos reguladores desse instituto, entre nós, não lhe façam referencia expressa.

A deportação, sendo, pois, susceptivel de prescrever, o lapso de tempo para esse effeito, dada a inexistencia de prazo especial, ha de ser o mesmo fixado, como regra, para as infracções a que a lei não inflige pena de prisão, ou seja de um anno contado do decreto condemnatorio (Codigo Penal, art. 83) (*Acc. do Supremo Tribunal Federal*, de 29 de outubro de 1930).

XIII. — Na sentença appellada se lê que a prescripção da queixa “é a propria participação da acção e não differe desta, e tanto que o art. 78 do codigo declarando a prescripção da acção subordinada aos mesmos prazos que da condemnação, exceptuou dessa regra geral os casos especificados nos arts. 276, 277 e 281, nos quaes a prescripção da acção não se regula pela da condemnação.

Se a prescripção a que se referem aquelles tres artigos não fosse propriamente a da acção penal, o art. 78, tratando exclusivamente desta especie de prescripção, não citaria os casos de taes artigos como excepções á regra geral que ali estabelece, pois que só se exceptuam os casos que de outro modo ficariam compreheu-

didos em uma mesma regra.” Outra, porém, é a interpretação desse texto da lei penal. Seguindo o systema do codigo italiano, o legislador de 1890 incluiu no mesmo artigo as regras relativas á *prescripção da acção penal e da condemnação*, reconhecendo que esse instituto é de direito substantivo, porque o que se extingue é propriamente o *direito do Estado á pena decorrente do acto violador da ordem juridica*.

Foi abandonado o systema do regimen passado, no qual essa materia era regulada pelas *leis da forma*. Ainda inspirado naquelle codigo, o nosso, parecendo á primeira vista que só dispõe sobre a prescripção da *acção propriamente dita e da condemnação*, — estabelece positivamente caso especial para a *prescripção do direito de querellar*, depois do decurso de certo espaço de tempo, e *ipso facto* extingue a *propria acção penal*, que não pôde ser exercitada, porque o primeiro acto de sua existencia — a *queixa do offendido ou de seu representante, não é mais admittido*.

Foi por esse motivo que o legislador não duvidou incluir num unico enunciado os *casos que constituem as excepções á regra geral*, embora não sejam todas ellas da *mesma natureza*.

Assim também procedeu o legislador italiano, quando disse no art. 91 que “a prescripção, salvo os casos nos quaes a lei disponha de outro modo, extingue a acção penal”, de accôrdo com as regras que em seguida enuncia. Em ambos os codigos, *um dos casos exceptuados é a falta do exercicio do direito de queixa privada no crime de rapto*. O nosso diz no art. 275 que “o direito de queixa privada prescreve findos seis mezes, — contados do dia em que o crime foi commettido.” O italiano dispõe no art. 355 que “*queixa não é mais admittida* passado um anno do dia em que o facto foi commettido ou daquelle em que o representante do offendido teve noticia do facto.” Divergem, entretanto, quando tratam de outra *excepção* — a prescripção no *crime de adulterio*. O italiano emprega as mesmas palavras do art. 344 — *prescripção da queixa* (art. 356).

O brasileiro já não se refere a esse *direito*, mas á *acção penal*: “a *acção de adulterio prescreve* no fim de tres mezes, contados da data do crime (art. 281). Outro caso exceptuado é o do art. 277 do nosso codigo, e ahi se falla tambem em *acção penal*.”

Se o legislador quizesse se referir propriamente á *prescripção da acção*, e não do *direito da queixa privada*, teria escripto no art. 275 palavras identicas ou equipollentes ás dos arts. 277 e 281.

Que são coisas distinctas a *prescripção do direito de queixa* e a *prescripção da acção penal*, verificada aquella, seja esta a sua consequencia immediata, dil-o, entre outras legislações, a *legislação penal allemã*: “*Independente da prescripção de acção*, cujos prazos o codigo estabelece no art. 67, ha a *prescripção do direito de queixa*, o qual extingue-se quando esta não é dada dentro de tres

mezes, art. 61, (F. VON LISZT, *Tratado de Direito Penal*, tit. I, pag. 318, trad. do Dr. J. HYGINO).

Em conclusão: no crime de *rapto*, não apresentada a *queixa* dentro de seis mezes, o *direito de queixa privada está prescripto*, e, consequentemente, também a *acção penal*, de que aquella peça do processo é o *inicio*; mas feita a apresentação dentro desse prazo — como no caso concreto — a *prescripção da acção* fica subordinada á *regra geral* do art. 78 do *Codigo (Acc. do Cons. do Tribunal Civil e Criminal do Districto Federal, de 14 de janeiro de 1904)*.

Foi relator desse *accordam* o Dr. EDMUNDO MUNIZ BARRETO, que ainda relatando o *accordam* do Supremo Tribunal Federal, que reproduzimos, no n. 491, explanou muito bem o *assumpto*.

XIV. — O paciente foi processado como incurso no art. 278, do *Codigo Penal*, pronunciado em 10 de abril de 1918 e condemnado em 26 de abril do anno seguinte, por *accordam* deste Tribunal, a um anno de prisão *cellular*, minimo previsto no dito artigo do *Codigo*, modificado pela Lei n. 2.992, de 25 de setembro de 1915. Como entre a pronuncia e a condemnação definitiva do paciente, mediasse mais de um anno, pretende o impetrante, que a prisão do paciente é *illegal*, decorrendo da sentença proferida em *acção prescripta* nos termos do art. 85 do *Codigo Penal*. O impetrante defende a interpretação de uma corrente doutrinaria, a que se filiaram sem duvida abalisados cultores de direito penal, que entende que o legislador penal foi omisso ao tratar da *prescripção* no art. 85, do *Codigo Penal* quanto aos delictos punidos com tempo de prisão excedente de seis mezes e menor de dois annos, excedente de dois annos e menor de quatro, e assim por diante, corrente que manda applicar a cada delicto apreciado o prazo da *prescripção* relativo á pena immediatamente superior mencionada, julgando que não foi pensamento do legislador tornar *imprescriptiveis* a *acção* e a condemnação pelos delictos omittidos, e considerando que em materia criminal se deve applicar a disposição mais favoravel. Mas tal interpretação não parece a mais adequada ao artigo. O legislador manifesta o seu pensamento de fórma concisa, de modo a levantarem-se, ás vezes, duvidas sobre o verdadeiro alcance dos textos legais, duvidas que têm de ser esclarecidas com o auxilio dos principios da hermeneutica. Bem analysado o art. 85 do *Codigo*, na sua construcção, vê-se comprehender elle um periodo, considerando na primeira alinea os delictos punidos com pena restrictiva da liberdade por tempo *não excedente* de seis mezes; continuando, com o fim de evitar repetições além das que já encerra, por maior elegancia de enunciado, nas alineas seguintes omittio, por *ellipse*, os vocabulos “*não excedente*”, dizendo apenas que prescreve em quatro annos a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de dois annos, em oito annos a que impuzer pena de igual natureza

por tempo de quatro annos, etc., de modo que cada alinea comprehende os delictos graduados com pena fixada entre a que indica e a da alinea precedente. Esta interpretação sobreleva á outra, pois constata que o legislador não esqueceu a prescripção do maior numero de delictos, como seria curial que fizesse. Deixa-o logico com os principios fundamentaes da prescripção. O prazo da prescripção deve ser proporcional á gravidade do delicto, ao alarme por elle despertado. A interpretação combatida faria prescrever delictos e penas em prazo menor que as proprias penas. Assim, prescrevendo em quatro annos a acção pelos delictos puniveis com prisão por tempo não excedente de dois annos e excedente de seis mezes, — art. 78 e 85, alneas 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup> do Codigo, e não tendo decorrido aquelle lapso de tempo entre a pronuncia e a condemnação do paciente, não se mostra illegal, pelo fundamento invocado, o constrangimento que vem soffrendo (*Acc. da 3.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação*, de 23 de julho de 1919).

Desta decisão, que encerra argumentação logica e convincente, foi relator o desembargador EDMUNDO REGO, e della interposto recurso para o Supremo Tribunal Federal, esta em sessão de 23 de agosto do mesmo anno a confirmou, sendo relator o ministro COELHO E CAMPOS, com cujo voto se mostrou accorde a maioria. Desenvolvendo-o, disse:

“Logo á primeira vista se vê a incongruencia e o absurdo da doutrina contraria. Se prescreve em um anno a pena excedente de seis mezes de prisão, como, por força do mesmo artigo, alinea primeira, se pôde considerar prescripta em um anno a pena de prisão de um anno ou excedente de seis mezes ?

Seria o sim e o não; o sim e o não n’uma mesma disposição.

E’ certo que as palavras “não excedente” se lêem na primeira alinea e na ultima do art. 85 — não existem nas alneas intermediarias do mesmo artigo. E apenas se lê na segunda alinea que é de quatro annos a prescripção de pena por tempo de dois annos; de oito annos a pena por tempo de quatro annos, etc. E, porque nas alneas intermedias do art. 85, não se encontra a phrase — não excedente — empregada nas primeira e ultima alneas no mesmo artigo, pretende o impetrante que a pena de um anno prescreve em um anno, por isso que pela segunda alinea, a prescripção de quatro annos só se verificaria se a pena fosse de dois annos.

Mas eu pergunto: como é que, pelo art. 85, primeira alinea, só prescrevendo em um anno a pena não excedente de seis mezes de prisão, pôde prescrever no mesmo prazo de um anno a pena excedente de seis mezes, de um anno como na hypothese ?

Isto é juridicamente impossivel — por contraria á disposição da primeira alinea do art. 85 — e impossivel — porque a pena maior de seis mezes de prisão deve prescrever em prazo maior.

Ora, esse prazo maior que o de um anno p̄ara a prescripção da pena que não excede de seis mezes, é o da segunda alinea que faz prescrever em quatro annos a pena por tempo de dois annos. De modo que a pena de um anno que está excluida da primeira alinea, se contém na segunda alinea quanto ao prazo da prescripção e portanto prescreve em quatro annos, ou então é imprescriptivel porque não tem disposição que a regule.

E como o mesmo se pôde dizer da prescripção da pena por tempo de dois annos, da de quatro annos, da de oito annos, etc., segue-se que a quasi totalidade das penas seriam imprescriptiveis pois são em numero muito menor os crimes de penas precisamente de dois, quatro e oito annos.

Tal conclusão a que induz a doutrina seria um absurdo grosseiro porque a prescripção é um instituto de ordem publica pela desnecessidade da pena, após certo prazo, e a regra é que todo crime é prescriptivel, salvo rara e expressa disposição em contrario.

E' regra de hermeneutica — "*Interpretatio illa summienda quae absurdum evitetur.*"

Ora, se absurdo é fazer prescrever em um anno a pena de um anno porque é absolutamente contraria á primeira alinea do art. 85, se não menos absurdo é considerar imprescriptiveis os crimes de penas de seis mezes até dois annos (2.<sup>a</sup> alinea), de mais de dois annos até seis annos (3.<sup>a</sup> alinea), etc., isto é, a maior parte dos crimes, como evitar a interpretação que conduz a taes absurdos? E' a questão.

E' tambem regra de hermeneutica — "*Scire leges non est verba carum, sed vim ac potestatem.*"

Porque o art. 85, na segunda alinea, fazendo prescrever em quatro annos a pena por tempo de dois annos, não repetio a phrase — "não excedente" — empregada na primeira alinea em relação á pena de seis mezes, como o fez na ultima alinea em relação á pena de doze annos?

Se a regra juridica e de justiça rigorosa é que a prescripção é em prazo menor ou maior segundo a menor ou maior gravidade da pena, se se applicar esta regra aos casos de prescripção previstos no art. 85, a pena de mais de seis mezes até dois annos prescreve em quatro annos; assim deve ser entendida a seguida alinea do art. 85 (e consequentemente as outras alineas intermedias); e portanto a pena imposta ao paciente prescreve em quatro annos.

E por que não? Se nas alineas do art. 85 se diz sómente por tempo de dois annos, de quatro annos, etc., e não por tempo não excedente de dois annos, etc., é que o legislador cogitou ficar subentendida a phrase — não excedente — da primeira alinea, omissida nas alineas intermedias — o que na philologia lhe era permittido — pelo uso de uma ellipse, que autoriza a omissão de palavras ou uma phrase, ou um periodo, sem que comprometta o pensamento.

Isto quer dizer a phrase — “não excedente” — empregada na primeira alinea, foi omittida nas outras alineas intermedias — por uma ellipse — e se subentendeu nellas, isto é, nas outras alineas, como complemento do pensamento da lei: Assim é meu modo de ver que a pena maior de seis mezes de prisão até dois annos, caso em que se acha o paciente, condemnado a um anno de prisão, prescreve em quatro annos.”

No mesmo sentido do accordam citado da 3.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação, temos o de 11 de agosto de 1920, dessa mesma Camara (Vide n. 495).

XV. — E' actualmente materia incontraversa no nosso Direito Judicial que distinctas são as duas prescripções — a da acção e do direito de queixa privada. Não apresentada a queixa, no prazo da lei, pelo offendido ou seu representante, não mais tem cabimento a acção penal respectiva. Na hypothese contraria, porém, offerecida a queixa no prazo legal — o praso de prescripção da acção é o cômum, subordinada como fica á regra geral dos arts. 78, 79 e 85, do Codigo Penal. E' que o nõsso legislador quiz, acompanhando val-o, attentar-se para o facto de não ter elle usado no art. 275, as legislações italiana e allemã, estabelecer uma prescripção especial para o exercicio do direito de queixa privada. Basta para prode expressões identicas ás dos arts. 277 e 281, do Codigo, applicando aquella prescripção sómente aos crimes comprehendidos nos capitulos 3.<sup>o</sup> e 4.<sup>o</sup> (*Acc. da 3.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação*, de 3 de janeiro de 1920).

XVI. — A publicação do accordam condemnatorio para interromper a prescripção, basta seja feita no *Diario Official*, não sendo necessario que seja em audiencia (*Acc. da 3.<sup>a</sup> Camara da Côrte de Appellação*, de 14 de maio de 1921).

XVII. — As decisões criminaes da Côrte, proferidas em gráu de appellação, se tornam irrevogaveis no proprio momento em que são proferidas e publicadas, por meio de recursos ordinarios, circumstancia essa que caracteriza a coisa julgada, no dizer autorisado de PAULA BAPTISTA (*Proc. Civil*, § 182). Desde a data do julgamento da appellação crime em segunda instancia, não ha mais acção pendente; e assim, extincto desde então o prazo da prescripção da acção penal, deve começar a correr o da condemnação da pena não cumprida. “A prescripção da pena, diz ROMEIRO, tendo primeiro elemento aquelle em que a sentença condemnatoria se torna irrevogavel, adquirindo o pleno valor de coisa julgada, não pôde começar senão do dia em que a sentença se torna exequivel (*Dicc. de Dir. Penal*, pag. 386). No mesmo sentido se manifesta GARRAUD: “Lo-

giquement il faut placer le point de depart du delai de la prescription de la peine "au jour où la condamnation est devenu irrevocable; c'est á cette date que la prescription de la peine doit commencer a courir (*Droit Pen. Franc.*, II, 546) (*Acc. da 3.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellaçõ*, de 26 de outubro de 1921).

XVIII. — Conforme decisão do Supremo Tribunal, o accordam que confirma uma sentença constitue com ella um só julgado e com a mesma data; confirmada, pois, uma sentença condemnatoria, a prescripção da condemnação começa a correr da data da sentença confirmada e não do accordam que negou provimento á appellação. A Côte de Appellação já decidiu igualmente que a prescripção da condemnação começa a correr da data da sentença condemnatoria e não do accordam que negou provimento á appellação (*Acc. da 1.<sup>a</sup> Camara da Côte de Appellação*, de 17 de janeiro de 1930).

XIX. — Expedientes moratorios, impedindo a acção de uma das partes, devem interromper o prazo para a prescripção. Esta interpretação preconisa o notavel principio de direito — *contra involuntem agere non currit prescriptio* — com applicação a todas as prescripções.

Deve ser considerado expediente moratorio para tal effeito — haver o réo excedido longamente os prazos legaes nas diligencias que requerer — reter os autos demasiadamente em seu poder: E' igualmente expediente moratorio — a intervenção do juiz, retardando a marcha do processo, até sob pretexto de contagem e pagamento de custas (*Ac. do Tribunal de Justiça de São Paulo*, de 15 de fevereiro de 1898). Vide 490.

XX. — A prescripção do crime de violencia carnal não se dá se a acção privada iniciada dentro de seis mezes, contados da data do crime, continuar além desse prazo. A disposição do art. 275 firma o direito de poder continuar a parte offendida, com a acção criminal, além deste prazo, independente da não pronuncia; porque a disposição citada é referente sómente ao direito de queixa, não estabelece uma prescripção de acção penal sujeita á regra do art. 79 do Codigo penal (*Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de Pernambuco*, de 5 de setembro de 1902).

XXI. — A prescripção do crime de violencia carnal não se dá se a acção privada, iniciada dentro de seis mezes, contados da data do crime, continuar além desse prazo. A disposição do art. 275 firma o direito de poder continuar a parte offendida, com a acção criminal, além desse prazo, independente de não pronuncia; porque a disposição citada é referente sómente ao direito de queixa, não estabelece uma prescripção de acção penal sujeita á regra do art. 79

do Código Penal (*Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de Pernambuco*, de 5 de setembro de 1902).

XXII. — As leis penaes não têm effeito retroactivo, todavia o facto anterior será regido pela lei nova: a) si não fôr passível de pena; b) si fôr punido com pena menos rígorosa (art. 3 do Código penal).

O principio da não retroactividade das leis penaes deve ser entendido não só quanto á applicação da pena como tambem quanto ás causas extinctivas da pena e especialmente da prescripção, entendendo alguns criminalistas que si entre o tempo do delicto e o do julgamento, houver leis intermediarias que forem mais favoraveis ao réo devem estas ser applicadas, embora revogadas. A reincidencia interrompe a prescripção (*Ac. do Superior Tribunal de Justiça de Goyaz*, de 26 de junho de 1906, confirmando sentença do Juiz de direito de Jaraguá).

XXIII. — Nos crimes contra a honra só o direito de apresentar queixa particular é que prescreve em seis mezes. A prescripção do delicto ou da acção publica é a commum. O prazo para a apresentação da queixa particular, em taes crimes, começa a correr da data em que o delicto foi praticado, e não da data em que o pae ou tutor da victima teve conhecimento do facto (*Ac. do Tribunal de Justiça de S. Paulo*, de 18 de novembro de 1920).

XXIV. — Não sendo equipolentes as expressões direito de queixa privada e acção penal, uma vez offerecida a queixa dentro de seis mezes, fica a prescripção da acção penal sujeita á regra commum (*Ac. do Sup. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, de 3 de abril de 1925).

#### 498 — Jurisprudencia estrangeira.

##### FRANCEZA

I. — La prescription est un moyen d'ordre public, auquel le prevenu ne peut pas valablement renoncer, qui peut être proposé en tout, état de cause et même supplée d'office par le juge (*Cour de Cassation*, 6 décembre 1888).

II. — Dans le calcul de la prescription les mois se comptent d'après le calendrier grégorien, de date à date, et non par périodes de trente jours (*Cour de Cassation*, 4 avril 1873).

##### BELGA

III. — Si la loi nouvelle, plus favorable en cela au prevenu que la loi ancienne, répute acquise la prescription de l'action publi-

que, elle est applicable, l'extinction de l'action publique doit être proclamée par le juge (*Cour de Cassation*, 20 mai 1886).

### ITALIANA

IV. — Deve ordinarsi la cancellazione dei registri penali della imputazione, che ebbe termine con ordinanza di non luogo a procedere per avvenuta prescrizione (*Cass.* 10 genn., 7 ott., 20 ott., e 5 dic. 1890).

V. — La connessione fra due reati congiuntamente processati fa sì che il reato minore segue quanto alla prescrizione le sorti del reato maggiore (*Cass. Roma*, 27 magg. 1891).

### HESPANHOLA

VI. — Los meses se endienden naturales y se cuentan desde la fecha del hecho del mes á *quo* hasta otra igual del mes en que cede el plazo ó hasta su ultimo dia; si no le hubiere en éste, de correspondencia exacta á del primero, cuyo cómputo puede favorecer alguna vez á los imputados, abreviando relativamente la prescripción, pero en ninguna les perjudica (*Trib. Supremo*, 30 marzo 1887).

VII. — Non puede contarse para la extinción de un derecho ó facultad, incluso la de perseguir y castigar delitos ó faltas, el tiempo en que ha estado impedido para ejercitarla aquél á quien correspondia por causas insuperables y ajenas á su voluntad (*Trib. Supremo*, 18 noviembre 1889).

VIII. — La prescripción no puede fundarse en mera presunción, es preciso prueba terminante (*Tribunal Supremo*, 21 marzo 1891).

Art. 86. A reabilitação consiste na reintegração do condemnado em todos os direitos que houver perdido pela condemnação, quando fôr declarado innocente pelo Supremo Tribunal Federal em consequência de revisão extraordinaria da sentença condemnatoria.

§ 1.º A reabilitação resulta immediatamente da sentença de revisão passada em julgado.

§ 2.º A sentença de reabilitação reconhecerá o direito do rehabilitado á uma justa indemnisação, que será liquidada em execução, por todos os prejuizos soffridos com a condemnação.

A Nação, ou o Estado, é responsavel pela indemnisação.

499. — O código não acolheu o instituto da reabilitação como foi organizado em legislações estrangeiras, especialmente na fran-  
ceza, onde assumiu feição própria, servindo de modelo a outros  
paizes.

Se na legislação romana, durante a republica, a reabilitação era uma applicação especial da *restitutio in integrum*, emanava do povo, como acto de soberania, e sob o imperio, emanava do senado e depois do imperador, como acto de clemencia, de graça, caracter este que conserva no direito intermedio e em legislações modernas, como a allemã, na França, após a revolução, a evolução do instituto foi para assumir a natureza de acto de justiça, e tornar-se função judiciaria, assim amoldando-se aos modernos principios sobre a pena e as funções judiciarias. Seu alvo sendo *reintegrar o condemnado, que cumpriu a pena, no pleno exercicio dos direitos, de que fôra despojado pela condemnação, cancellando a incapacidade com que fôra ferido, diante da emenda manifestada*, ao poder judiciario é que naturalmente cabe, mediante provas e pesquisas necessarias, averiguar se os presuppostos ou condições de reabilitação foram satisfeitos, e não ao poder executivo, como indulgencia soberana, como função independente e arbitraria. Pelo Código de Instrução Criminal, arts. 619 a 634, a reabilitação, mantido ainda o caracter tradicional, só se applicava aos condemnados a penas afflictivas e infamantes, mediante determinadas condições. Pelas leis de 28 de abril de 1832 e 3 de julho de 1852, conservado ainda aquelle caracter, é que a reabilitação, com processo mais simplificado, passa a ser applicada tambem aos condemnados correcçioaes.

E' como a lei de 14 de agosto de 1885, *sur les moyens de prévenir la récidive (libération conditionelle, patronage, réhabilitation)*, que o instituto soffre radical reforma, visando promover e favorecer a emenda e a redempção dos condemnados. Torna-se acto judiciario, e, se pelo art. 634 do Código de Instrução Criminal, a reabilitação fazia "cesser pour l'avenir, dans la personne du condamné, toutes les incapacités qui résultaient de la condamnation", conservando-se, porém, á condemnação com todos os outros efeitos, e assim para computar a reincidencia, pela nova lei, "la réhabilitation efface la condamnation", efeito, porém, que se opera da data da reabilitação, vigorando a sentença, com todos seus efeitos, para o tempo anterior. Concedida, por isso que apaga a condemnação, desta não se pôde ter em conta para a computação da reincidencia. Finalmente, ao lado da *reabilitação judiciaria*, assim regulamentada, creou-se, pela lei de 5 de agosto de 1899, a *reabilitação de direito*, que se opera, caso, dentro de dez, quinze ou vinte annos, segundo a gravidade e importancia da pena precedentemente incorrida, o condemnado não soffra novas condemnações. Em seus

lineamentos geraes, o instituto assim organizado, foi adoptado na Belgica e na Italia.

500. — Para o nosso codigo, inspirado no codigo portuguez, art. 129, §§ 5 e 6, a rehabilitação não constitue um instituto autonómo, visando extinguir as incapacidades decorrentes da sentença condemnatoria, que tenha sido cumprida; é um *effeito immediato* de provimento do recurso de revisão, que é interposto perante o Supremo Tribunal Federal, a favor de réos condemnados, em casos permittidos por lei, para a reparação de injustiças e erros commettidos em sentença já passada em julgado (Cod. penal, art. 86, Constituição Federal, art. 81).

Como effeito immediato da decisão deste recurso, a rehabilitação se verifica quando o condemnado *fôr declarado innocente*; caso em que *será reintegrado em todos os direitos de que fôr despojado pela sentença*.

Assim, em nosso direito, é o innocente que rehabilita-se, pelo solemne reconhecimento da injustiça de que foi victima; no direito francéz, é o culpado que cumpriu a pena justamente imposta que, na rehabilitação social, vae encontrar um poderoso estimulo para corrigir seus vicios e um premio de valor inestimavel á regeneração de seus costumes (WHITAKER).

Para o nosso direito, nota JOÃO BARBALHO, constitue uma excepção ao principio da irrevogabilidade dos julgados (*res judicata pró veritate habetur*), por consideração da imperfeição das leis e da fallibilidade dos magistrados e para salvar a innocencia sacrificada por enganosos indicios ou falsa prova, victima de compromettedoras apparencias ou criminosos ardis (para corrigir os defeitos do processo, a preterição das provas, ha as instancias, os recursos que no interesse dos culpados e da boa distribuição da justiça a lei tem estabelecido).

Tem cabida a rehabilitação, mesmo sendo fallecida a pessoa condemnada, e reconhecido o erro ou a injustiça da condemnação, o Tribunal reformando a sentença revista, rehabilitará a memoria do condemnado (Lei n. 221. de 20 de novembro de 1894, art. 74, § 4.º).

Ao rehabilitado é reconhecido o direito a uma justa indemnisação, que será liquidada em execução por todos os prejuizos com a condemnação, responsavel por essa indemnisação a União ou o Estado, cuja justiça tenha condemnado o rehabilitado (Codigo penal, art. 86, § 2.º).

A indemnisação não será devida:

a) Se o erro ou injustiça da condemnação do réo rehabilitado proceder de acto ou falta imputavel ao mesmo réo, como a confissão ou a occultação de prova em seu poder;

b) Se o réo não houver esgotado os recursos legais;

c) Se a accusação houver sido meramente particular (Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, art. 84).

Para o processo da revisão, vid. esta lei, e Decreto n. 3.084, de 1898, p. II, arts. 342 a 351, e meu *Curso de processo criminal*, 2.<sup>a</sup> edic., 370 e segs.).

# INDICE ANALYTICO



# Índice analytico

## LIVRO I

### Dos crimes e das penas

#### TÍTULO I

##### Da applicação e dos effectos da lei penal

##### ART. 1

1. — Conteúdo do titulo 1.º: efficacia ou força intrinseca e extrinseca da lei penal; conceito desta e da lei criminal e consequente differença entre uma e outra; poder competente para legislar em materia penal em nosso systema constitucional; formas da lei penal; necessidade de preliminarmente verificar qual a theoria de politica criminal adoptada pelo legislador no tocante á razão social da repressão e da imputabilidade. — 2 — Origem e evolução historica da pena. — 3 — Razão da especulação philosophica sobre o direito de punir; classificação das theorias formadas a respeito. — 4 — Theorias absolutas. — 5 — Theorias relativas. — 6 — Theoria teleologica de FRANZ VON LISZT. — 7 — Theorias mixtas ou eclecticicas. — 8 — Theoria adoptada pelo nosso legislador; critica synthetica de sua orientação. — 9 — A lei como fonte unica do direito penal, e expressão mais alta e mais synthetica da ordem juridica; direito penal *commum* e especial; aspectos objectivos e subjectivos do direito penal, como aspectos da mesma idéa. — 10 — Necessidade da prefixação do delicto e da pena pela lei. — 11 — Canones fundamentaes. — 12 — Elementos essenciaes da lei penal: a norma e a sancção, formulação de uma e de outra. — 13 — Critica da disposição do art. 1.º, differença entre *acto*, *acção* e *facto*. — 14 — Outros defeitos daquela disposição. — 15 — Interpretação, formas, força obrigatoria da interpretação forense em nosso direito. — 16 — Interpretação grammatical e logica, admissibilidade da

interpretação extensiva em direito penal, sua distincção da analogia, que é caso de applicação e não de interpretação da lei penal, alcance da prohibição da alinéa do art. 1.º — 17 — Jurisprudencia. .... pag. 21

### ART. 2

18 — Dicção incorrecta deste artigo. — 19 — A commissão e a omissão como formas fundamentaes da acção criminosa. — 20 — Classificações da infracção penal — bipartição e tripartição, falta em nossa lingua de termo comprehensivo da violação da lei penal em geral, origem etymologica do termo italiano — *reato* — 21 — Divergencia doutrinaria e legislativa quanto á admissibilidade de classificação das infracções, encarada quanto ás especies e quanto á discriminação destas. — 22 — Classificação tripartita do codigo penal francez, razões adduzidas para sua justificação, e sua refutação. — 23 — Classificação bipartita, seu fundamento segundo antigos e modernos tratadistas. — 24 — Impugnação e justificação dessa classificação. — 25 — Razão da comprehensão da contravenção no codigo penal, directriz das legislações a respeito. — 26 — A classificação bipartita em nossa legislação. .... pag. 45

### ART. 3

27 — Efficacia geral e particular da lei penal em relação ao *tempo*; retroactividade e irretroactividade. — 28 — Restricções á retroactividade trazidas pelo codigo anterior, arts. 309 e 310, e posição do actual codigo. — 29 — Primeiro caso de retroactividade da lei penal. — 30 — Segundo caso de retroactividade. — 31 — Casos de pena mais rigorosa. — 32 — Conflictó de leis sobre o mesmo facto. — 33 — A retroactividade em relação á coisa julgada. — 34 — 35 — 36 — Questões transitorias. — 37 — Jurisprudencia brasileira. — 38 — Jurisprudencia estrangeira. .... pag. 56

### ART. 4

39 — Efficacia da lei penal em relação ao *espaço*; systema restricto e tradicional da territorialidade da lei penal. — 40 — Systema da absoluta extraterritorialidade da lei penal ou da justiça universal. — 41 — Systemas pessoal e real ou de protecção dos interesses nacionaes. — 42 — Systema mixto, excepções quanto á condição das pessoas (*extraterritorialidade da lei penal*) e quanto aos factos commettidos no estrangeiro (*ultraterritorialidade da lei penal*). — 43 — Definição de territorio (real e ficticio). — 44 — Mares territoriaes. — 45 — Navios brasileiros em alto mar. — 46 — Navios mercantes estrangeiros surtos em porto brasileiro. —

47 — Navios de guerra nacionaes em porto estrangeiro. — 48 — Crime praticado a bordo de navio de guerra por pessoa que não faz parte da equipagem, e crime praticado em terra por pessoa da equipagem, competencia para a repressão. — 49 — Os navios de guerra e o direito de asylo. — 50 — Casos não figurados na definição de territorio do art. 4. — 51 — Delictos distanciados, fôro competente. — 52 — Applicações especiaes da regra — que o autor age no logar e na época em que produziu o resultado. — 53 — O principio da egualdade de todos perante a lei e sua actuação incompleta. — 54 — Extraterritorialidade da lei penal. — 55 — Limitações do direito internacional. — 56 — A posição dos consules. — 57 — Jurisprudencia brasileira. — 58 — Jurisprudencia estrangeira. . . . . pag. 76

**ART. 5**

59 — Ultraterritorialidade da lei penal. — 60 — Tendencia das legislações quanto á ultraterritorialidade da lei penal, orientação da nossa até o codigo vigente. — 61 — O desvio injustificavel trazido por este no assumpto. — 62 — A extradição, sua concepção moderna como forma mais importante da assistencia internacional contra o crime. — 63 — Impugnação da extradição do subdito do Estado requerido, orientação da nossa Lei n. 2.416, de 28 de junho de 1911. — 64 — Comprehensão objectiva da extradição. — 65 — Poder competente para solicitar ou conceder a extradição, processo respectivo. — 66 — Capturas de criminosos e sua remessa de uns para outros Estados federaes e Districto Federal. — 67 — Expulsão de estrangeiros. — 68 — Restricções injustificaveis trazidas pelo Supremo Tribunal Federal ao assumpto. — 69 — Jurisprudencia brasileira. — 70 — Jurisprudencia estrangeira. pag. 108

**ART. 6**

71 — Limites da lei penal commum em relação a determinadas acções. — 72 — O impeachment na nossa legislação. — 73 — Crimes militares. — 74 — Competencia dos Estados federados para legislar sómente sobre infracções de caracter administrativo. — 75 — Jurisprudencia brasileira. . . . . pag. 134

**TITULO II**

**Dos crimes e dos criminosos**

**ART. 7**

76 — O delicto no aspecto legal. — 77 — O delicto no aspecto juridico. — 78 — O delicto no aspecto sociologico; concepto do

delicto natural e positivo, differença entre estes e o delicto do direito das gentes e delicto proprio da cidade; o delicto natural segundo GAROFALO e critica respectiva; o delicto como offensa das condições de vida da sociedade (IHERING, LISZT, BERININI, FERRI). — 79 — Analyse da definição do crime constante do art. 7 do nosso codigo. — 80 — Requisitos essenciaes do crime segundo a definição legal. . . . . pag. 147

ART. 8

81 — Caracteristicos differenciaes entre crime e contravenção, concepção desta segundo o codigo. — 82 — Desvios do conceito scientifico da contravenção feitos pelo codigo. — 83 — Jurisprudencia brasileira. . . . . pag. 153

ARTS. 9 — 12

84 — Inutilidade da disposição do art. 9. — 85 — Phases do crime. — 86 — Momento possivel de incriminação segundo as theorias objectiva e subjectiva, aquella adoptada pelo nosso codigo. — 87 — O crime falho. — 88 — Analyse dos arts. 11 e 12. . . . . pag. 157

ARTS. 13 — 14

89 — A tentativa no *iter criminis*, sua concepção como um grão deste ou como infracção por si, ou facto que põe em perigo o direito, razão de sua punibilidade. — 90 — Critica da definição do art. 13. — 91 — A necessidade do dolo determinado na tentativa, segundo a escola classica e o nosso codigo. — 92 — A tentativa nos delictos de impeto. — 93 — Admissibilidade da tentativa em caso de dolo indeterminado. — 94 — O principio de execução, difficuldades em caracterisal-o de modo geral. — 95 — Criterio proposto por HAUS e GARRAUD. — 96 — Natureza dos actos de execução, lacuna da definição do art. 13. — 97 — Suspensão da execução. — 98 — Importancia da concepção da desistencia como causa extinctiva da pena. — 99 — Causas casuaes physicas e moraes da suspensão da execução. — 100 — Inutilidade e defeitos da disposição do art. 14. — 101 — Razão da impunibilidade da tentativa ou crime impossivel, segundo a theoria objectiva. — 102 — Limitação da regra da impunibilidade, com a distincção entre impossibilidade ou inidoneidade absoluta e relativa, de meios ou de objecto. — 103 — Refutação da theoria objectiva. — 104 — Critica mais detida da disposição do art. 14. — 105. — Casos em que é inadmissivel a tentativa. . . . . pag. 163

ART. 15

106 — Alcance da disposição deste artigo..... pag. 188

ART. 16

107 — Inadmissibilidade da tentativa nas contravenções, e, pois, inutilidade da disposição do art. 16, primeira parte, razão da não punibilidade da tentativa nos pequenos crimes. — 108 — Jurisprudencia brasileira. — 109 — Jurisprudencia estrangeira... pag. 189

ARTS. 17 — 18

110 — Modos de concurso de agentes para fins criminosos, segundo o codigo: facultativo, necessario, e como simples concerto. — 111 — Concurso de agentes no mesmo crime e concurso de crimes, nota especifica do concurso de agentes, divergencias em doutrina, com reflexo nas legislações, na conceituação deste concurso, suas modalidades. — 112 — Theoria objectiva, critica, directriz das legislações. — 113 — Theoria subjectiva. — 114 — Participação autonómica ou *theorie de la complicité délit distinct*. — 115 — Orientação do codigo, critica geral. — 116 — Regras da participação punivel, apreciação da primeira dessas regras. — 117 — Efficacia da cooperação, inadmissibilidade da cumplicidade negativa, distincção da participação por actos negativos. — 118 — Inadmissibilidade da participação nas contravenções. — 119 — Participação no crime e na tentativa, impunibilidade da tentativa de participação. — 120 — Segundo requisito ou participação pelo modo estabelecido precisamente pela lei, systemas. — 121 — Orientação do codigo. — 122 — Terceiro requisito, *autoria collateral*, elementos da moralidade da participação: *conhecimento* e *vontade*, constatação respectiva. — 123 — Inadmissibilidade da participação nos delictos culposos. — 124 — A participação nos delictos de impeto. — 125 — Modalidades da autoria — simples e collectiva, intellectual, material. — 126 — Autoria quanto ao tempo. — 127 — Autores intellectuaes, provocação, instigação, seducção, excitação; provocação publica ou collectiva e provocação individual. — 128 — Posição do agente provocador, sua equiparação ao agente material na *communis opinio* dos tratadistas e maioria dos codigos. — 129 — 132 — Requisitos da participação moral. — 133 — 135 — Mandato simples ou gratuito. — 136 — Mandato qualificado. — 137 — Constrangimento physico. — 138 — Abuso ou influencia de superioridade hierarchica. — 139 — Autores materiaes. — 140 — Autor auxiliar necessario. — 141 — Criterios para determinar a autoria necessaria..... pag. 203

**ARTS. 19 — 20**

142 — Anomalias de imputação ou anomalias do mandato. — 143 — Excesso de meios e de fim. — 144 — Critica do art. 19, § 1.º — 145 — Não conformidade da vontade entre mandante e mandatário. — 146 — Jurisprudencia brasileira. — 147 — Jurisprudencia estrangeira ..... pag. 236

**ART. 21**

148 — A cumplicidade como é caracterizada e modalizada pelo codigo. — 149 — Cumplicidade geral. — 150 — Cumplicidade moral por instruções. — 151 — 152 — Cumplicidade moral por promessa. — 153 — Cumplicidade material. — 154 — Cumplicidade de cumplicidade ou participação mediata. — 155 — Receptação e asylo, critica da assimilação do receptador ao cumplice. — 156 — Continuação. — 157 — 160 — Condições da receptação. — 161 — 164 — Cumplicidade presumida por asylo ou prestação da casa para reunião de assassinos e roubadores. — 165 — Jurisprudencia brasileira. — 166 — Jurisprudencia estrangeira..... pag. 248

**ARTS. 22 — 23**

167 — Regulamentação dos abusos de comunicação de pensamento, meios preventivos e repressivos. — 168 — Systemas de repressão de impressos offensivos. — 169. — Os crimes de abuso da liberdade de comunicação de pensamento segundo o codigo. — 170 — Agentes desses crimes. — 171 — Agentes subsidiarios. — 172 — Questão. — 173 — Inadmissibilidade da cumplicidade punivel. — 174 — Interpretação dos escriptos offensivos. — 175 — Jurisprudencia brasileira. — 176 — Jurisprudencia estrangeira. pag. 275

**TITULO III**

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

**ART. 24**

177 — Character complementar desta disposição; as formas da culpabilidade, condição desta para a integração da figura criminosa: vantagens do systema, adoptado pelo codigo, de definir a culpabilidade. — 178 — Restricções ao principio do art. 24; quanto ás contravenções, onde só se cogita da voluntariedade, e quanto aos efeitos de certas acções criminosas. — 179 — A questão da liberdade interna como elemento essencial da culpabilidade, escolas clas-

sica e positiva. — 180 — Doutrinas intermediais, ponto de vista adoptado pelo nosso legislador. — 181 — Intenção criminosa e dolo, elementos deste na doutrina suffragada pelos codigos de 1830 e vigente. — 182 — Demonstração da erronia da identificação do dolo com a intenção e com a vontade, exacta conceituação do dolo, segundo a theoria da representação. — 183 — 186 — Modalidades do dolo. — 187 — A culpa, sensu stricto. — 188 — Latitude dos crimes culposos, systemas, orientação do nosso direito. — 189 — Critérios seguidos pelo codigo na qualificação dos crimes culposos. — 190 — Negligencia. — 191 — Imprudencia. — 192 — Impericia na arte ou profissão. — 193 — Inobservancia de disposições regulamentares. — 194 — Ordem e disciplina. — 195 — Grãos da culpa. — 196 — Concurso de acções culposas. — 197 — Compensação da culpa. — 198 — A intenção criminosa como questão de facto ou de direito. — 199 — Jurisprudencia brasileira. — 200 — Jurisprudencia estrangeira ..... pag. 293

#### ART. 25

201 — Personalidade da responsabilidade criminal como principio fundamental do direito penal moderno. — 202 — Exclusão das pessoas juridicas da posição de agente activo do delicto, derogações do codigo, theoria realista. — 203 — Consequencia da personalidade da responsabilidade. — 204 — As pessoas juridicas como sujeito passivo do delicto..... pag. 329

#### ART. 26

205 — Razão e fonte da disposição e seus defeitos. — 206 — Ignorancia e erro em logica, sua equivalencia quanto aos efeitos juridicos, modalidades. — 207 — Ignorancia da lei penal. — 208 — Questão. — 209 — Erro de direito. — 210 — Erro de facto, essencial ou accidental. — 211 — Erro sobre a identidade da pessoa — 212 — Erro e *aberratio ictus*. — 213 — Formas intermedias entre a ignorancia de direito e erro de facto. — 214 — Consentimento do offendido. — 215 — Jurisprudencia brasileira. — 216 — Jurisprudencia estrangeira..... pag. 333

#### ARTS. 27 — 31

217 — Assento da imputabilidade commum segundo o codigo, casos de imputabilidade restricta. — 218 — Causas dirimentes e causas justificativas, má distribuição de umas e de outras, quadro synthetico das primeiras. — 219 — Escusas legaes peremptorias ou causas de impunidade. — 220 — Menoridade civil e penal, razão da divergencia dos limites respectivos, systemas das legislações. —

221 — Phases da vida humana segundo o código: *infancia, impuberdade, menoridade e maioridade*, lacunas da lei, irresponsabilidade absoluta do infante. — 222 — Impuberdade, presumpção *juris tantum* de irresponsabilidade, questões a examinar e referentes à *idade* e ao *discernimento*. — 223 — Tratamento penal do menor impubere. — 224 — Razão da atenuação de pena para o maior de 14 e menor de 21 annos. — 225 — Deficiencias do código no estabelecer o systema de repressão dos menores. — 226 — Jurisprudencia brasileira. — 227 — Jurisprudencia estrangeira. — 228 — Enfraquecimento senil. — 229 — Jurisprudencia brasileira. — 230 — A imbecilidade nativa e a surdo-mudez como formas do desenvolvimento tolhido e como causas de isenção de responsabilidade, segundo o código, sua distincção da loucura, e inclusão no quadro da degeneração, conceituação hodierna desta e suas modalidades. — 231 — 232 — Condições de irresponsabilidade dos imbecis e surdo-mudos. — 233 — Situação juridico-penal, desses degenerados, segundo as legislações. — 234 — 235 — Rectificação do texto do art. 27, § 4, sua fonte e extensão, segundo o autor do código. — 236 — Causas productoras dessa dirimente. — 237 — Suas condições. — 238 — A loucura como causa de irresponsabilidade. — 239 — O código não cogita da responsabilidade limitada por motivo de enfermidade mental, constatação desta, suas formas. — 240 — Estados de inconsciencia pathologica. — 241 — 242 — Embriaguez alcoolica. — 243 — 249 — Estados passionaes. — 250 — Destinação dós loucos criminosos. — 251 — Jurisprudencia brasileira. — 252 — Jurisprudencia estrangeira. — 253 — 256 — Constrangimento physico e psychico ou moral. 257 — Jurisprudencia brasileira. — 258 — Jurisprudencia estrangeira. — 259 — 263 — Caso fortuito. — 264 — Jurisprudencia brasileira. — 265 — Jurisprudencia estrangeira. — 266 — Applicação das dirimentes ás contravenções. — 267 — Appreciação do art. 31. . . . . pag. 346

ARTS. 32 — 34

268 — Discriminação dos casos de justificativa. — 269 — 271 — Ordem da autoridade: — 272 — Jurisprudencia brasileira. — 273 — Jurisprudencia estrangeira. — 274 — 277 — Estado de necessidade. — 278 — 288 — Legitima defesa. — 289 — Jurisprudencia brasileira. — 290 — Jurisprudencia estrangeira. . . pag. 424

ART. 35

291 — A justificativa da repulsa á entrada, á noite, em casa alheia, na doutrina e nos codigos. — 292 — Natureza da presumpção da legitimidade da repulsa — absoluta ou *juris et jure*, ou condicional ou *juris tantum*; procedencia desta. — 293 — Condições da

justificativa no caso do § 1.º do art. 35. — 294 — A justificativa no caso do § 2.º do art. 35. — 295 — Jurisprudencia brasileira. — 296 — Jurisprudencia estrangeira. . . . . pag. 465

## TITULO IV

### Das circunstancias aggravantes e attenuantes

#### ARTS. 36 — 37

297 — Contingencias ou accidentalidades do crime, sua discriminação em aggravantes e attenuantes, materiaes ou objectivas e pessoas ou subjectivas. — 298 — Systemas legaes da qualificação das contingencias do crime, orientação de nosso codigo, caracterização do que sejam elementos de aggravação e de attenuação ou escusas relativas, classificação romana. — 299 — Circumstancias elementares ou constitutivas, explicitas ou implicitas. . . . pag. 477

#### ART. 38

300 — 301 — Concurso de circunstancias, sua avaliação . . . . . pag. 480

#### ARTS. 39 — 40

302 — Enumeração das circunstancias subjectivas e objectivas contempladas no codigo. — 303 — Noite e logar ermo. — 304 — Jurisprudencia brasileira. — 305 — Jurisprudencia estrangeira. — 306 — 315 — Premeditação. — 316 — Jurisprudencia brasileira. — 317 — Jurisprudencia estrangeira. — 318 — 321 — Veneno, substancias anesthesicas, incendio, asphyxia ou inundação. — 322 — Jurisprudencia estrangeira. — 323 — Motivo reprovado ou frivolo. — 324 — Jurisprudencia brasileira. — 325 — 327 — Superioridade em sexo, força ou armas. — 328 — Jurisprudencia brasileira. — 329 — Jurisprudencia estrangeira. — 330 — 331 — Fraude e abuso de confiança. — 332 — Jurisprudencia brasileira. — 333 — — Jurisprudencia estrangeira. — 334 — 335 — Traição, surpresa e disfarce. — 336 — Jurisprudencia brasileira. — 337 — Jurisprudencia estrangeira. — 338 — Emboscada. — 339 — Jurisprudencia brasileira. — 340 — 345 — Relações familiar, didactica, domestica e hierarchica. — 346 — Jurisprudencia brasileira. — 347 — Jurisprudencia estrangeira. — 348 — Paga ou promessa de recompensa. — 349 — Jurisprudencia brasileira. — 350 — 354 — Arrombamento, escalada ou chaves falsas. — 355 — Jurisprudencia estrangeira. — 356 — Entrada ou tentativa de entrada em casa do offendido. — 357 — Jurisprudencia brasileira. — 358 — Juris-

prudencia estrangeira. — 359 — Ajuste. — 360 — Jurisprudência brasileira. — 361 — Auditorios, casas de reuniões publicas e repartições publicas. — 362 — Jurisprudencia brasileira. — 363 — Edade ou enfermidade do offendido. — 364 — Protecção da autoridade publica. — 365 — Jurisprudencia brasileira. — 366 — Emprego de meios diversos. — 367 — Commettimento do crime em occasião de incendio e outras circumstancias. — 368 — 377. — Reincidencia. — 378 — Jurisprudencia estrangeira..... pag. 482

#### ART. 41.

379 — Razão da disposição; caso do § 1.º, objecção de MACEDO SOARES, refutação. — 380 — Caso do § 2.º — 381 — Caso do § 3.º 382 — Jurisprudencia brasileira. — 383 — Jurisprudencia estrangeira ..... pag. 565

#### ART. 42

384 — Fonte da disposição e seu fundamento. — 385 — Falta de conhecimento pleno do mal e de directa intenção de o praticar. — 386 — Jurisprudencia brasileira. — 387 — Jurisprudencia estrangeira. — 388 — 389 — Grave injuria. — 390 — Jurisprudencia brasileira. — 391 — Jurisprudencia estrangeira. — 392 — Defesa propria ou de outrem. — 393 — Jurisprudencia brasileira. — 394 — Opposição á execução de ordens illegaes. — 395 — 396 — Provocação ou aggressão. — 397 — Jurisprudencia brasileira. — 398 — Jurisprudencia estrangeira. — 399 — Mal maior. — 400 — Jurisprudencia brasileira. — 401 — Ameaças ou constrangimento physico vencivel. — 402 — Obediencia á ordem de superior hierarchico. — 403 — 404 — Exemplar comportamento anterior e bons serviços á sociedade. — 405 — Jurisprudencia brasileira. — 406 — Embriaguez. — 407 — Jurisprudencia brasileira. — 408 — Menoridade. — 409 — Jurisprudencia brasileira. — 410 — Communicabilidade e incommunicabilidade de circumstancias aggravantes e attenuantes ..... pag. 569

### TITULO V

Das penas e seus effeitos; da sua applicação e modo de execução

#### ARTS. 43 — 44

411 — Critica geral do systema repressivo do codigo, classificação das penas adoptadas. — 412 — A pena e outras sancções legaes. — 413 — Penas perpetuas..... pag. 597

**ARTS. 45 — 55.**

414 — A pena de prisão ou encarceramento, razão de sua primazia sobre as outras penas. — 415. — A questão penitenciária, systema cellular pensylvanico ou de Philadelphia, critica. — 416 — Systema auburniano, critica. — 417 — Servidão penal ingleza, e systema progressivo ou irlandez. — 418 — 423 — Prisão cellular. — 424 — Reclusão. — 425 — Prisão correccional. — 426 — 428 — Prisão disciplinar. — 429 — 430 — Interdicção legal. — 431 — 432 — Privação do exercicio de arte e profissão.....pag. 602

**ART. 56**

433 — Critica da disposição.....pag. 645

**ART. 57**

434 — Effeitos da pena de suspensão de emprego público, sua distincção de outras sanções affins, suas vantagens, questão. — 435 — Jurisprudencia brasileira.....pag. 648

**ARTS. 58 — 59**

436 — Evolução das penas pecuniarias, suas formas. — 437 — A pena de multa, inconyententes, correctivos alvitrados, especialmente pelo projecto CLEMENTE PEREIRA. — 438 — Orientação do codigo vigente. — 439 — Jurisprudencia brasileira.....pag. 650

**ART. 60**

440 — Fonte de disposição, a prisão preventiva, sua computação. — 441 — Jurisprudencia brasileira.....pag. 656

**ART. 61**

442 — Razão da restricção imposta por esta disposição.....pag. 664

**ART. 62**

443 — A medida da pena, intuições a respeito. — 444 — Individualisação da pena. — 445 — Systema do codigo.....pag. 665

**ARTS. 63 — 65**

446 — Pena da tentativa. — 447 — Pena da cumplicidade. — 448 — Attenuação da pena quanto aos maiores de 14 e menores

de 17 annos, innovação trazida pelo código, questão da penalidade quanto ao cumplice ..... pag. 674

### ART. 66

449 — Conteúdo da disposição. — 450 — Unidade simples ou natural de delictos. — 451 — Unidade complexa de delictos (crime continuado, composto e colectivo). — 452 — Pluralidade de delictos, seus casos (reincidência e concurso de delictos) — 453 — Concurso real e formal, doutrina de VON BURI e de LISZT. — 454 — Doutrina de CARRARA quanto ao concurso formal. — 455 — Doutrina de IMPALLOMENI. — 456 — Consagração desta doutrina pelo código italiano. — 457 — A questão da penalidade no concurso de delictos. — 458 — Applicação das regras do concurso em processos diversos. — 459 — Systema do código e suas fontes. — 460 — 461 — Divergências de interpretação do art. 66 § 2.º, procedencia da que allvé o caso de delicto continuado. — 462 — 463 — O concurso formal e respectiva penalidade no código brasileiro. — 464 — Concurso de crimes de acção publica e privada. — 465 — Outra questão. — 466 — Jurisprudencia brasileira. — 467 — Jurisprudencia estrangeira ..... pag. 676

### ART. 67

468 — Distincção de presumpção e de indicio, proscricção tão sómente daquella pelo código. — 469 — Jurisprudencia brasileira ..... pag. 710

### ART. 68

470 — Appreciação da disposição..... pag. 713

### ARTS. 69 — 70

471 — Effeitos civis e geraes da condemnação. — 472 — O confisco. — 473 — Obrigação de indemnisar o damno. — 474 — Despezas judicias. — 475 — Jurisprudencia brasileira. — 476 — estrangeira ..... pag. 714

## TITULO VI

Da extincção e suspensão da acção penal e da condemnação

### ARTS. 71 — 77

477 — Razão da inclusão da materia deste titulo. — 478 — Morte do criminoso. — 479 — 480 — Amnistia e graça individual

e collectiva. — 481 — Perdão do offendido. — 482 — Jurisprudencia brasileira. — 483 — Jurisprudencia estrangeira... pag. 723

**ARTS. 78 — 85**

484 — A prescripção em materia penal, adopção pelo codigo da prescripção da acção e da condemnação. — 485 — A legitimidade da prescripção. — 486 — 492 — Prescripção da acção. — 493 — 496 — Prescripção da condemnação. — 497 — Jurisprudencia brasileira. — 498 — Jurisprudencia estrangeira..... pag. 731

**ART. 86**

499 — O instituto da rehabilitação na legislação franceza, fonte da maioria das outras. — 500 — A rehabilitação como foi adoptada pelo codigo brasileiro, inspirado no portuguez, não como instituto autonomo, mas como effeito do recurso de revisão..... pag. 761



*Direito Penal Brasileiro – Volume I* (edição fac-similar), de Galdino Siqueira, foi impresso em papel vergê areia 85g/m<sup>2</sup>, nas oficinas da SEEP (Secretaria Especial de Editoração e Publicações), do Senado Federal, em Brasília. Acabou-se de imprimir em fevereiro de 2004, como parte integrante da Coleção *História do Direito Brasileiro – Série Direito Penal* (Volume 4).



# Coleção



## Direito Penal

**ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA**

Código Penal dos Estados Unidos do Brasil  
commentado

**ANTONIO LUIZ FERREIRA TINÔCO**

Código Criminal do Império 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 jurisprudência)

**JOÃO 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